Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada

Direction de la politique, des programmes et de la recherche

Section des programmes et de la recherche

La loi sur les agressions sexuelles au Canada Une évaluation

Les nouvelles infractions en matière d'agression sexuelle: Questions juridiques d'actualité
Rapport nº 2

Canada

LES NOUVELLES INFRACTIONS EN MATIÈRE D'AGRESSION SEXUELLE : QUESTIONS JURIDIQUES D'ACTUALITÉ

préparé par

Gisela Ruebsaat

juillet 1985

Projet de recherche préparé pour le ministère de la Justice du Canada (Section de la recherche et de la statistique)

Les vues exprimées dans le présent document sont celles de l'auteure et ne représentent pas nécessairement les opinions ou les politiques du ministère de la Justice.

Ce rapport de recherche fait partie d'une série d'études menées sous la direction du ministère de la Justice du Canada pour l'évaluation de la loi sur les agressions sexuelles.

93-02186/

Publié en vertu de l'autorisation du ministre de la Justice
et procureur général du Canada

Gouvernement du Canada

par la

Direction des communications et affaires publiques
Ministère de la Justice, Canada
Ottawa (Ontario)
K1A 0H8
(613) 957-4222

Also available in English under the title

The New Sexual Assault Offences:
Emerging Legal Issues

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1987

Imprimé au Canada

JUS-P-404

TABLE DES MATIÈRES

	PAGE
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I - LES QUESTIONS DE FOND	3
1. La définition du terme "sexuelle" aux articles 246.1, 246.2 et 246.3	3
2. Les conséquences de l'extension des infractions sexuelles aux deux sexes	25
3. L'influence du paragraphe 246.1(2) sur la recevabilité de la défense d'erreur	29
4. Rapports entre le paragraphe 246.1(2) et l'article 15 de la Charte	39
5. La recevabilité de la défense d'intoxication en matière d'accusation d'agression sexuelle en vertu des articles 246.1, 246.2 et 246.3 . . .	45
CHAPITRE II - LES QUESTIONS DE PREUVE ET DE PROCÉDURE . . .	49
1. Conséquences de la suppression à l'article 246.4 de la nécessité de la corrobation à l'égard de certaines infractions sexuelles . .	49
2. Conséquences de l'abolition des règles relatives à la plainte spontanée en matière d'agression sexuelle	65
3. Rapports entre les articles 246.6 et 246.7 et l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte . .	79
4. Rapports entre le paragraphe 442(3) du Code et l'alinéa 2b) de la Charte	97
CHAPITRE III - LA DÉTERMINATION DE LA PEINE	103
CHAPITRE IV - CONCLUSION	115

Liste des arrêts cités

Alderton, R. v., 31 janvier 1985 (C.A. Ont.) (encore inédit)

Barrett, R. v., (1984), 13 W.C.B. 96 (C. Prov. Ont.).

Bernard, R. v., 12 mars 1985 (C.A. Ont.) (encore inédit)

Big M Drug Mart, R. c., 24 avril 1985 (C.S.C.) (encore inédit)

Bigmore, R. v., [1984] B.C.D. Crim. Conv. 6108-03 (C. Cté C.-B.)

Bird, R. v., (1984) 13 W.C.B. 14 (C. dist. Ont.)

Bird & Peebles, R. v., (1984), 40 C.R. (3d) 41 (B.R. Man.)

Boyce, R. v., (1974), 29 C.R.N.S. 336 (C.A. Ont.).

Breckinridge, R. v., (1984), 13 W.C.B. 14 (C. dist. Ont.).

Camp, R. v., (1977), 36 C.C.C. (2d) 511 (C.A. Ont.).

Canadian Newpapers, Canada, v.; D.D., R. v., (1985), 7 O.A.C. 161.

Carroll, R. v., (1983), 11 W.C.B. 353 (C. Prov. Ont.).

Chase, R. v., (1984), 40 C.R. (3d) 282 (C.A. N.-B.) autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. accordée.

City of Sault Ste. Marie, R. v., (1978), 40 C.C.C. (2d) 353.

Colp, R. v., (1984), 36 C.R. (3d) 8 (C. Cté N.-É.).

Dore, R. v., (1984), 12 W.C.B. 360 (C. Cté C.-B.).

Drouin, R. c., (1910), 15 C.C.C. 2095 (B.R. Qué.).

Firkins, R. v., (1977), 37 C.C.C. (2d) 227 (C.A. C.-B.).

Gardynik, R. v., (1985), 42 C.R. (3d) 362 (C. Cté Ont.).

George, R. c. [1960] R.C.S. 871.

Green, R. v. [1979], 260 S.E. (2d) 257 (C.A. West Virginia).

Horsburg, R. c., [1967] R.C.S. 746.

Hurd, R. v., (1972) 7 C.C.C. (2d) 90 (C.A. Ont.).

Kendall, R. c., [1962] R.C.S. 469.

Kilby, R. v., [1973], 129 C.L.R. 460 (H.C. Australie).

Kistendey R. v., (1975), 29 C.C.C. (2d) 382 (C.A. Ont.).

Kribs, R. c., [1960] R.C.S. 400.

Lang, R. v., 22 octobre 1984 (B.R. Alb.) (encore inédit).

Leary, R. c., [1978] 1 R.C.S. 29.

LeGallant, R. v., 12 juin 1985 (C.S. C.-B.) (encore inédit).

Mace, R. v., (1975) 25 C.C.C. (2d) 121 (C.A. Ont.).

Majewski, D.P.P. v., [1976] 2 All E.R. 142.

Maurantonio, R. v., [1968] 1 O.R. 145 (C.A.).

Mikanus, R. v., 24 mai 1985 (C.S. C.-B.) (encore inédit)
L'appel à C.A. C.-B. est en instance.

Mohr, R. v., [1984] B.C.D. Crim. Conv. 1608-02 (C.S. C.-B.).

Page, R. v., [1984] 40 C.R. (3d) 85 (H.C.J. Ont.).

Pharo, R. v., [1970] 12 C.R.N.S. 151 (C. Cté Ont.).

Potma, R. v., (1983), 2 C.C.C. (3d) 383 (C.A. Ont.)
(autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée).

Oquantag, R. v., (1985), 6 C.R.D. 725.300-01 (C.S. T.N.-O.).

Ramos, R. v., (1985), 42 C.R. (3d) 370.

Resener, R. v., [1968] 4 C.C.C. 129 (C.A. C.-B.).

Rhynard, R. v., [1980] 41 N.S.R. (2d) 104 (C.A.).

Roche, R. v., (1984) 40 C.R. (3d) 138 (C. Cté Ont.)

Scopelliti, R. v., (1981), 63 C.C.C. 481 (C.A. Ont.).

Scott, R. v., (1910), 15 C.C.C. 442 (H.C. Ont.).

Stennett, R. v., (1984), 12 W.C.B. 422 (C. Cté Ont.).

Stevens, R. v., (1983) 3 C.C.C. (3d) 198 (C.A. Ont.)

Swietlinski, R. c., [1980] 2 R.C.S. 956.

Temple, R. v. (1984), 12 W.C.B. 71 (C. Cté Ont.).

Timm, R. v., [1981] 2 R.C.S. 315 à 321.

Vokey, R. v., (No 2. (1984), 13 W.C.B. 110 (C. dist. Ont.).

Walters, R. v., (1980), 53 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.).

INTRODUCTION

Le projet de loi C-127 est entré en vigueur le 4 janvier 1983. Cette loi modifie considérablement les règles de fond et de preuve applicables aux infractions sexuelles. Les crimes de viol, de tentative de viol, de rapports sexuels avec une personne simple d'esprit et d'attentat à la pudeur sont abolis. À leur place, le projet de loi C-127 établit une structure d'infractions d'agression sexuelle à trois paliers :

- l'agression sexuelle (simple);
- l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles;
- l'agression sexuelle grave.

La loi C-127 n'abolit pas les infractions sexuelles suivantes :

- les rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans;
- les rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de moeurs antérieurement chastes;
- l'inceste;
- les infractions de séduction;
- les rapports sexuels avec un enfant, un pupille ou un employé;
- la grossière indécence.

Les nouvelles infractions d'ordre sexuel adoptées en 1983 ont été incorporées à la partie VI du Code criminel intitulée : "Infractions contre la personne et la réputation". Les infractions abolies relevaient auparavant de la partie IV du Code intitulée : "Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes moeurs, inconduite". En faisant relever l'agression sexuelle de la partie VI, le législateur démontrait son intention de traiter les infractions sexuelles comme des crimes violents et non comme des crimes contre les moeurs.

À la différence du viol, le crime d'agression sexuelle n'est pas lié au sexe des personnes en cause. En théorie, ce crime peut être perpétré par un agresseur de sexe masculin ou féminin sur une victime de sexe masculin ou féminin. Il n'est plus nécessaire de prouver la pénétration pour obtenir une condamnation.

La loi C-127 abolit également les règles de preuve spéciales qui s'appliquaient aux infractions sexuelles. L'article 246.5 abolit les règles relatives à la plainte spontanée. L'article 246.4 supprime la nécessité de la corrobation en matière d'infractions sexuelles. Les articles 246.6 et 246.7 interdisent la présentation de toute preuve relative aux antécédents sexuels ou à la réputation du plaignant, sous réserve de certaines exceptions limitées. Toutes ces dispositions visent à faire en sorte que les règles générales de preuve qui régissent les autres infractions de violence contre la personne s'appliquent maintenant aux affaires d'agression sexuelle.

C'est dans le Rapport sur les infractions sexuelles publié en 1978 par la Commission de réforme du droit qu'on retrouve les considérations qui ont motivé l'adoption des modifications contenues au projet de loi C-127. La Commission souligne que la réforme doit s'articuler autour de trois principes fondamentaux :

1. la protection de l'intégrité de la personne;

2. la protection des enfants;

3. la sauvegarde des bonnes moeurs publiques.

Le ministère de la Justice a souscrit à ces principes en 1980, dans son document d'information sur les infractions sexuelles. Le Ministère a toutefois souligné les objectifs suivants :

4. l'élimination de la discrimination fondée sur le sexe du Code criminel;

5. la mise en relief du caractère violent de l'agression sexuelle;

6. la protection des plaignants contre le harcèlement à l'audience.

Etant donné qu'ils ont servi de base au processus de réforme, ces principes et objectifs législatifs constituent le fondement de notre étude. Nous avons toutefois exclu le troisième objectif, étant donné qu'il concerne surtout la réglementation de la pornographie infantile. Les dispositions proposées en cette matière ont été finalement supprimées de la version finale du projet de loi portant réforme du droit pénal.

Notre objectif est d'examiner dans quelle mesure les questions de droit qui ressortent de la jurisprudence récente reflètent les principes de réforme formulés par la Commission de réforme du droit et le ministère de la Justice. Notre analyse porte sur les décisions publiées qui ont été rendues en vertu des nouvelles dispositions en matière d'agression sexuelle entre le 4 janvier 1983 et 30 avril 1985. Nous avons également retenu certaines des décisions rendues par les différentes cours d'appel et cours suprêmes depuis le 30 avril 1985 qui sont susceptibles d'avoir d'importantes répercussions sur les objectifs de la loi. Nous avons analysé en tout 71 décisions.

Nous avons également analysé les ouvrages de doctrine et les articles de revues portant sur les dispositions de 1983.

I. LES QUESTIONS DE FOND

1. La définition du terme "sexuelle" aux articles 246.1, 246.2 et 246.3

La définition de base de l'agression se trouve à l'article 244 du Code criminel :

> 244(1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou à une agression, quiconque
>
> a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;
>
> b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;[1]

Suivant cette disposition, les éléments constitutifs de l'infraction sont l'emploi de la force contre une autre personne sans son consentement ou la tentative ou la menace d'employer la force contre une autre personne qui croit que l'agresseur(e) est alors en mesure de donner suite à cette menace.

Le paragraphe 244(2) dispose que la définition générale précitée s'applique notamment aux infractions d'agression sexuelle, d'agression sexuelle armée, de menaces à une tierce personne, d'infliction de lésions corporelles et d'agression sexuelle grave[2].

Les peines que prévoit le Code pour la commission des infractions d'agression sexuelle sont généralement plus lourdes que celles qu'il énonce pour les infractions d'agression non sexuelle de gravité équivalente[3]. On peut donc en conclure que l'agression de nature sexuelle est jugée plus grave que l'infraction d'agression non sexuelle équivalente[4]. En dépit des importantes conséquences qui découlent de la différence qu'il établit entre les deux genres d'agressions, le Code ne donne aucune définition du terme "sexuelle" à l'article 246.1[5]. On a donc laissé aux tribunaux le soin de préciser la distinction fondamentale qui existe entre l'agression et l'agression sexuelle.

Jusqu'à maintenant peu d'affaires ont traité en profondeur de cette question, notamment au niveau des différentes cours suprêmes et cours d'appel[6]. C'est la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick qui a rendu la première décision d'importance, l'arrêt R. c. Chase[7]. Dans cette affaire, un homme de 40 ans avait saisi contre son gré une jeune fille de 15 ans aux épaules et aux seins. La Cour a statué que les actes en question

n'étaient pas de nature sexuelle et n'a reconnu le prévenu coupable que de voies de fait simples[8].

Pour en arriver à cette décision, la Cour s'est inspirée du dictionnaire pour statuer que le sens du mot "sexuelle" devait se limiter "... aux organes sexuels ou génitaux"[9]. Suivant la Cour, l'agression sexuelle se définit donc essentiellement comme l'emploi de la force en relation avec les organes sexuels d'une personne ou le fait de toucher une autre personne avec ses organes sexuels. Suivant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le fait de toucher les seins de la victime contre son gré ne constitue pas une agression sexuelle étant donné que les seins ne sont qu'un caractère sexuel secondaire et non un organe sexuel primaire.

Pour expliquer la distinction qu'elle faisait entre les organes sexuels principaux et les caractères sexuels secondaires ou zones érogènes, la Cour a expliqué que, sans cette distinction, on aboutissait à des conséquences absurdes. Ainsi, le fait de toucher la barbe d'un homme contre son gré ou d'"... avoir dérobé un baiser en disant bonsoir", constituerait nécessairement une agression sexuelle[10].

La décision Chase a été critiquée au motif qu'elle s'éloignait de l'objectif poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la protection des citoyens contre ce que [TRADUCTION] "... toute personne raisonnable considérerait comme une agression sexuelle"[11]. Plusieurs des décisions rendues depuis l'arrêt Chase se sont d'ailleurs écartées de la définition de l'agression sexuelle que le tribunal y proposait[12].

Il est nécessaire, pour comprendre certaines des questions soulevées par l'arrêt Chase par rapport à la réalisation des objectifs du législateur, d'analyser plus en détail certains des aspects de cette décision.

Étant donné l'absence de définition législative, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a choisi de retenir ce qu'elle a appelé le sens "naturel" du mot "sexuelle" tel qu'on le retrouve au dictionnaire et d'en limiter la portée aux organes génitaux[13]. La Cour disposait d'autres définitions de dictionnaire mais elle a préféré les écarter[14].

Dans son ouvrage sur ce qui s'appelait alors le projet de loi C-127, David Watt donne la définition suivante du mot "sexuelle" à l'article 246.1, en citant le Shorter Oxford English Dictionary :

> [TRADUCTION]
> "Par 'sexuel', on entend 'qui appartient au sexe ou s'y rapporte, ou est propre au fait d'être de sexe masculin ou féminin, qui est un attribut du sexe ou qu'on peut définir comme tel; qui concerne les rapports sexuels entre les sexes ou la satisfaction de l'instinct sexuel; qui appartient ou se rapporte aux organes sexuels[15].'"

Si, dans l'arrêt Chase, la Cour avait appliqué l'une quelconque des définitions précitées sans tenir compte de celle qui mentionnait spécifiquement les "organes sexuels", les actes commis par le défendeur auraient probablement été qualifiés de sexuels. Il ne fait aucun doute que le geste d'empoigner les seins d'une femme se rapporte à un attribut qui appartient en propre à cette dernière en raison de son sexe. Par ailleurs, les actes pouvaient se rattacher à un désir du prévenu d'assouvir une pulsion sexuelle, d'accomplir un acte sexuel, ou avoir rapport au sexe. Ce n'est qu'en adoptant la définition la plus étroite proposée par les dictionnaires que la Cour a pu réussir à exclure les attouchements aux seins du champ d'application de l'article 246.1

Malheureusement, les raisons qui ont motivé ce choix ne ressortent pas clairement de la décision. On dispose cependant de quelques indices, notamment les commentaires formulés par la Cour sur les conséquences absurdes qui pourraient s'ensuivre s'il fallait statuer que le fait de tirer sur la barbe constitue une forme d'agression sexuelle. La Cour laisse entendre que, dès lors qu'on qualifie de sexuel l'acte qui vise un attribut sexuel secondaire de la femme, il faut également le qualifier de sexuel s'il porte sur un attribut sexuel secondaire de l'homme, y compris la barbe. Cela apparaît probablement absurde aux yeux de la Cour, étant donné que le fait de toucher la barbe n'est pas couramment considéré comme un comportement sexuel.

La faiblesse de ce raisonnement est qu'il ne correspond pas à la perception qu'ont les hommes et les femmes de la réalité. Pour les femmes, les attouchements aux seins sont généralement perçus comme un acte sexuel[16]. En outre, comme l'a souligné Christine Boyle dans son commentaire d'arrêt, le fait de toucher à la barbe n'est pas un problème social alors que celui de pincer ou de saisir les seins l'est. On fait donc fausse route en mettant théoriquement sur le même pied les deux actes[17]. Pour ces raisons, nous croyons que la définition du terme "sexuelle" formulée dans l'arrêt Chase ne respecte pas un des importants critères des règles pénales, en l'occurrence, qu'elles reflètent les valeurs fondamentales de la société[18].

L'analogie entre le fait de saisir les seins et de toucher la barbe soulève un autre problème, car, en tenant ce raisonnement, on méconnaît le fait que les caractères biologiques secondaires qui appartiennent en propre aux femmes sont généralement considérés sous un angle sexuel, alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour les hommes[19]. Ce fait a été reconnu jusqu'à un certain point par la jurisprudence plus récente portant sur les attouchements forcés aux seins. Dans l'affaire R. c. Gardynik par exemple, la Cour de comté de l'Ontario s'est dite d'avis que statuer qu'une agression mettant en cause des symboles aussi [TRADUCTION] "manifestement sexuels" que les glandes mammaires n'était pas sexuelle constituait une [TRADUCTION] "interprétation inacceptable" de l'article 246.1[20]. Dans l'affaire R. c. Ramos, la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a également refusé de suivre l'arrêt Chase, au

motif que le tribunal devait [TRADUCTION] "... faire entrer en ligne de compte le bon sens et les valeurs fondamentales de la société ..." et que [TRADUCTION] "... les seins sont intimement et inextricablement associés aux choses sexuelles[21].

En faisant une analogie entre les seins et la barbe, le tribunal a, dans l'arrêt Chase, rejeté cette conception fondée sur le "bon sens et les valeurs fondamentales de la société" et a plutôt cherché à formuler une définition du terme "sexuelle" à l'article 246.1 qui pourrait s'appliquer sans égard au sexe des personnes. Malheureusement, ce raisonnement soulève des problèmes lorsqu'on l'applique à des gestes précis qui, comme les attouchements aux seins, sont fondés sur le sexe de la victime, c'est-à-dire, accomplis **parce que** la victime est d'un sexe donné.

En plus de son désir de ne pas incriminer les attouchements à la barbe, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est également dite préoccupée du fait que l'adoption d'une définition plus large du terme "sexuelle" aurait pour conséquence absurde de transformer le fait d'"avoir dérobé un baiser en disant bonsoir" en un acte criminel[22]. La Cour semble donc dire que les sanctions pénales ne conviennent pas en cas d'agression comportant un degré de violence peu élevé et une atteinte à l'intégrité physique.

C'est là une préoccupation légitime. Néanmoins, en limitant la définition du terme "sexuelle" aux contacts avec les organes génitaux, la Cour crée d'autres problèmes. Bien qu'elle permette d'écarter efficacement les violations mineures, cette conception élimine également certaines atteintes potentiellement graves à l'intégrité de la personne, comme la pénétration de force de l'anus avec un doigt ou un objet ou le fait de mordre les seins d'une femme[23]. Certains font valoir qu'en excluant ces comportements du champ d'application de l'article 246.1, on ne tient pas compte de l'un des objectifs fondamentaux des modifications, en l'occurrence, la protection de l'intégrité de la personne et le droit d'être protégé contre les actes sexuels non désirés[24].

Même le fait de décriminaliser le "baiser volé" pourrait éventuellement aller à l'encontre de cet objectif si cela permettait de soustraire ce genre d'acte du champ d'application de l'article sans qu'il soit possible d'examiner l'ensemble des circonstances. On pourrait par exemple penser à la situation où un baiser a été donné de force à l'occasion de la manifestation d'un comportement agressif. Dans R. c. Gardynik par exemple, l'accusé avait tenté de donner un baiser à la plaignante contre sa volonté. Il l'avait également mordue aux seins et l'avait traînée par terre jusqu'à la chambre pour l'empêcher de s'enfuir[25].

Dans l'affaire Gardynik, il est peu probable que l'accusé aurait été condamné pour agression sexuelle si le tribunal avait appliqué la définition de l'arrêt Chase et ce, même si les gestes qu'il avait accomplis, pris dans leur ensemble et examinés en

regard de la partie du corps atteinte, donnaient à l'agression un caractère manifestement violent et sexuel.

En hésitant à qualifier les "baisers volés" d'agression sexuelle, la Cour n'avait peut-être pas l'intention, dans l'arrêt Chase, d'englober des situations semblables à celle qui était en cause dans l'affaire R. c. Gardynik. Il est toutefois à regretter que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick n'ait pas élaboré sur les cas où, le cas échéant, il pourrait y avoir lieu d'appliquer une sanction pénale pour les "baisers volés". La Cour n'a par ailleurs pas analysé les facteurs combinés qui, abstraction faite des contacts génitaux, pourraient justifier une inculpation d'agression sexuelle. Ce que la Cour a laissé entendre c'est qu'il n'y avait agression sexuelle que lorsqu'il y avait application de la force contre les attributs sexuels primaires.

Suivant Boyle, ce raisonnement [TRADUCTION] "... a essentiellement pour effet de banaliser les atteintes à l'intégrité physique des femmes et de leur donner un faux air d'innocence"[26]. Étant donné que l'arrêt Chase a exclu du champ d'application de l'article 246.1 des atteintes physiques graves couramment perçues comme sexuelles, Boyle soutient que la décision sera probablement infirmée par la Cour suprême du Canada.

Cela est difficile à prévoir. Quoi qu'il en soit, l'arrêt Chase illustre bien ce problème fondamental que recèle la loi. Il est possible que d'autres tribunaux ou la Cour suprême du Canada ait à nouveau à se prononcer sur cette question.

En réalité, les nouvelles dispositions du Code obligent les tribunaux à définir le terme "sexuelle" - un terme politiquement délicat[28] - étant donné l'absence de définition claire dans la loi[29]. L'arrêt Chase démontre que les tribunaux hésitent à s'engager résolument dans cette voie. En ne mettant l'accent que sur l'aspect biologique, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a évité d'analyser les circonstances entourant la commission de ce genre d'agression et leur influence sur la perception de l'agression comme une agression sexuelle. Parmi ces facteurs, on pourrait retenir : la partie du corps touchée, les rapports entre le plaignant et l'accusé, les événements qui se sont déroulés immédiatement avant ou après l'agression et le mobile de l'agression. Face à un texte de loi aussi vague, le tribunal a, dans l'arrêt Chase, adopté une définition relativement étroite et simpliste du terme "sexuelle". Cette définition méconnaît la diversité des agressions sexuelles. Voilà pourquoi cette définition ne peut garantir adéquatement l'intégrité sexuelle de la personne humaine.

Le problème que soulève le texte de loi n'en est pas simplement un de définition mais également de point de vue[30]. En effet, le Code ne précise pas si les agressions doivent être considérées comme sexuelles en fonction de l'opinion subjective de la plaignante, de l'intention de l'accusé ou de l'opinion objective du juge des faits.

La question du point de vue est primordiale étant donné le [TRADUCTION] "fossé qui existe entre les sexes" en matière de sexualité[31]. Les études sociologiques tendent à démontrer que les hommes et les femmes ne communiquent pas efficacement dans le domaine sexuel et qu'ils ne perçoivent pas nécessairement les gestes sexuels de la même façon[32]. Alors qu'une femme ressentira le fait d'être pincée aux fesses comme un geste sexuel, un homme le considérera simplement comme un geste d'affection. Peut-on appliquer une approche qui ne soit pas liée au sexe dans des situations aussi ambiguës? Le Code criminel ne répond pas clairement à cette question[33].

Les tribunaux inférieurs ont, dans des décisions récentes, réagi différemment aux problèmes de définition et de point de vue que pose l'article 246.1. Bien que leur autorité soit limitée, ces décisions méritent notre attention. Compte tenu du nombre limité d'arrêts de cours suprêmes ou de cours d'appel sur ce sujet, il y a lieu de croire que les tribunaux tiendront compte des décisions rendues par les tribunaux inférieurs sur cette question.

À la différence de la Cour d'appel dans l'arrêt Chase, la plupart des tribunaux inférieurs n'ont pas formulé de définition juridique abstraite du terme "sexuelle" dans les décisions portant sur l'article 246.1[34]. Ils ont plutôt défini l'agression sexuelle comme une agression accompagnée de circonstances ... **factuelles** ... créant un [TRADUCTION] "contexte sexuel"[35] ou comportant une [TRADUCTION] "dominante sexuelle"[36]. Ainsi, dans la décision R c. Doré, la Cour de comté de l'Île de Vancouver a statué que la question de savoir si une agression était sexuelle était une question de fait qui devait être laissée à l'appréciation du jury ou du juge des faits eu égard à toutes les circonstances de l'espèce[37]. Dans cette affaire, la Cour a volontairement appliqué un raisonnement qui s'apparente à celui qui est habituellement suivi en matière d'attentat à la pudeur[38].

La Cour de comté de l'Ontario a appliqué un raisonnement semblable dans l'affaire R. c. Gardynik[39]. Dans cette affaire, la Cour a expressément refusé de suivre l'arrêt Chase et a statué qu'il n'était pas nécessaire que l'agression vise les organes génitaux pour constituer une agression sexuelle. La Cour en est venue à la conclusion que bien que l'agression des organes sexuels primaires répondait de prime abord à tout critère raisonnable de sexualité, il fallait poursuivre l'analyse plus loin. Lorsque l'agression ne met pas en cause les organes génitaux, il serait nécessaire, suivant la Cour, de déterminer, suivant l'ensemble des faits, s'il y a eu agression sexuelle. Pour ce faire, il faut procéder à un examen des circonstances entourant l'agression. La décision ne dépendrait pas des organes du corps visés par l'agression ni de la conclusion que le prévenu avait l'intention spécifique de commettre une agression sexuelle.

Sur le fondement de cette analyse, l'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle dans la décision R. c. Gardynik

pour avoir tenté d'embrasser de force la victime et l'avoir mordue aux seins dans sa chambre. La plaignante n'était vêtue que d'une chemise de nuit et avait les seins et les organes génitaux à découvert.

Dans la décision R. c. Ramos[40], la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a également refusé de suivre l'approche biologique formulée dans l'arrêt Chase. La Cour a plutôt appliqué la décision Doré et examiné toutes les circonstances entourant la commission de l'agression pour décider s'il s'agissait d'une agression sexuelle. Dans l'arrêt Ramos, la Cour a statué que le fait pour le prévenu d'avoir saisi les seins de la plaignante de force et de l'avoir embrassée sur la nuque constituait une agression sexuelle parce que les gestes équivalaient [TRADUCTION] "... à une agression liée au sexe de la femme en tant que femme"[41].

Dans la décision Ramos, la Cour n'a pas hésité à qualifier de sexuelle une agression contre les seins d'une femme. Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal a examiné certaines décisions rendues en matière de droits de la personne, dans lesquelles les tribunaux avaient qualifié des attouchements non provoqués aux seins de "harcèlement sexuel"[42].

La Cour en est venue à une conclusion semblable dans l'affaire R. c. Bigmore[43], dans laquelle le fait de saisir les seins de la plaignante sans son consentement a été qualifié d'agression comportant une [TRADUCTION] "composante sexuelle" et donc d'agression sexuelle.

Dans un jugement rendu avant l'arrêt Chase, la Cour provinciale de l'Ontario a également laissé entendre que des attouchements aux fesses et aux seins constitueraient un comportement sexuel[44]. Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal a adopté pour l'essentiel la définition complète du terme "sexuelle" tirée du Shorter Oxford Dictionary par Watt et que nous avons déjà citée[45].

Suivant toutes ces décisions de tribunaux inférieurs, il y a agression sexuelle si l'agression s'accompagne de circonstances sexuelles. Il suffirait donc, pour créer des circonstances sexuelles, qu'il y ait eu attouchement forcé aux seins ou attouchement forcé aux seins associé à un autre élément sexuel comme un baiser non sollicité.

À notre avis, cette approche objective correspond mieux aux objectifs poursuivis par la loi que le raisonnement suivi par la cour dans l'arrêt Chase. L'approche objective est suffisamment souple pour englober les atteintes plus graves à l'intégrité physique qui ne visent pas les organes génitaux[46]. En ce sens, cette approche protège mieux, du moins potentiellement, la personne contre les actes sexuels non désirés. Par ailleurs, en permettant au juge des faits de prendre en considération une diversité de facteurs, cette conception permet aux tribunaux de

ne pas imposer de sanctions criminelles pour des erreurs de jugement ne mettant en cause que des atteintes mineures à l'intégrité physique d'autrui.

Les tribunaux inférieurs ont également reconnu le fait que les caractères sexuels secondaires des femmes sont couramment perçus comme des attributs sexuels et que les agressions sexuelles dont les femmes sont victimes mettent souvent en cause ces attributs[47].

Vu la pénurie de dispositions interprétatives, rien ne nous assure que la thèse formulée par les tribunaux inférieurs sera suivie. Par ailleurs, étant donné l'absence de directives claires du législateur, les tribunaux hésiteront peut-être à s'écarter des notions déjà formulées sur ce qui constitue un comportement sexuel criminel et s'en remettront aux règles de droit abrogées en matière de viol.

La décision la plus récente rendue par une cour d'appel sur l'interprétation du terme "sexuelle" contient une analyse différente de celle qu'ont retenue les tribunaux inférieurs. Elle s'éloigne également de l'opinion formulée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt Chase.

Au lieu de s'en tenir aux facteurs relatifs aux circonstances, la Cour d'appel de l'Ontario a mis l'accent, dans l'arrêt La Reine c. Alderton, sur l'intention du prévenu[48]. Sans prétendre englober toutes les situations, la Cour a statué, dans l'arrêt Alderton, que l'agression sexuelle comprenait l'agression commise avec l'intention d'avoir une relation sexuelle avec la plaignante sans le consentement de cette dernière. L'agression sexuelle comprenait également l'agression commise en vue de satisfaire un désir sexuel[49].

Dans l'affaire Alderton, le prévenu était entré par effraction dans l'appartement de la plaignante, avait sauté sur son lit et l'avait couchée de force sur les oreillers. Il l'avait ensuite immobilisée et lui avait mis la main sur la bouche et le nez. La victime avait alors réussi à s'enfuir. La Cour a qualifié l'incident d'agression sexuelle.

La définition du terme "sexuelle" formulée dans l'arrêt Alderton est potentiellement plus large que celle qu'a proposée la Cour dans l'arrêt Chase. Suivant l'arrêt Alderton, le prévenu est responsable au même degré, peu importe qu'il touche de force les fesses ou les organes génitaux de la plaignante, pourvu qu'il le fasse en vue de satisfaire un désir sexuel. La Cour semble donc vouloir rompre avec le concept tiré des règles abolies en matière de viol, qui veut qu'à moins de porter sur les organes génitaux, un contact non désiré n'est pas suffisamment grave pour justifier une condamnation pour infraction sexuelle.

Sur le plan des objectifs législatifs, l'arrêt Alderton soulève cependant certains problèmes. En tout premier lieu, il met l'accent sur l'aspect sexuel plutôt que sur le caractère

violent de l'agression sexuelle[50]. En se limitant ainsi au mobile sexuel, la Cour d'appel de l'Ontario limite inutilement la protection accordée aux plaignantes.

Dans la partie de son article consacrée à la critique de cette conception, Boyle précise que la définition de l'agression sexuelle devrait être suffisamment large pour englober différents mobiles[51]. Elle fait valoir, en s'inspirant d'études psychologiques, qu'on ne peut classer les contrevenants sexuels sous une seule catégorie. Certains ont recours à la force pour obtenir une gratification sexuelle alors que d'autres ont recours à la violence sexuelle pour exprimer des sentiments anti-sociaux et agressifs généralisés. L'auteure fait valoir que les règles en matière d'agression sexuelle qui visent à accorder une protection maximale aux personnes contre les contacts sexuels non désirés devraient englober les deux genres d'agression.

Les raisonnements différents suivis par les cours d'appel du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario dans les arrêts Chase et Alderton permettent de voir que les tribunaux ont donné des réponses fort différentes à la question épineuse suivante soulevée par les modifications de 1983 : le point de vue de qui doit-on retenir pour formuler une définition de l'agression sexuelle? Alan Mewitt et Morris Manning exposent succinctement la question dans les termes suivants :

> [TRADUCTION]
> [Le problème] ... consiste à savoir si le critère de ce qui est sexuel est objectif ou subjectif, c'est-à-dire, si ce qui fait qu'une agression est sexuelle dépend des circonstances objectives de l'agression - la partie du corps touché, la manière dont l'accusé fait les attouchements ou y réagit - ou si cela dépend de l'intention qu'a l'accusé lorsqu'il fait les attouchements, sans égard aux circonstances objectives[52].

Suivant le cadre d'analyse de Mewitt et Manning, l'arrêt Chase appliquerait un critère objectif, alors que l'arrêt Alderton appliquerait un critère subjectif.

Les commentateurs ne s'entendent pas sur la question de savoir lequel des critères est le meilleur. Mewitt et Manning favorisent l'approche subjective et prétendent qu'une agression peut être qualifiée de sexuelle si [TRADUCTION] "elle s'accompagne d'éléments mentaux dirigés vers l'obtention d'une gratification sexuelle[53]". En l'absence de preuve directe, on pourrait déduire cet élément mental des circonstances entourant l'événement. Suivant Mewitt et Manning, on pourrait, de façon générale, conclure à l'existence d'un mobile sexuel lorsque l'attouchement vise [TRADUCTION] "... une partie intime du corps"[54].

De prime abord, cette analyse s'accorde avec celle de l'arrêt Alderton. Mewitt et Manning précisent toutefois que l'élément mental dont ils exigent la preuve n'équivaut pas à la

mens rea. À leur avis, la gratification sexuelle est un mobile et non une intention. Ainsi, l'ivresse ne neutraliserait pas nécessairement le désir de gratification sexuelle alors qu'elle pourrait neutraliser l'intention sexuelle.

Dans l'arrêt Alderton, la Cour n'a fait aucune distinction entre le mobile et l'intention. En fait, la Cour a défini l'agression sexuelle comme [TRADUCTION] "... une agression commise avec l'**intention** d'avoir une relation sexuelle"[55]. [Les caractères gras sont de l'auteure]. Nous reviendrons plus loin sur les répercussions de l'arrêt Alderton sur la défense d'ivresse[56]. Pour les fins du présent débat, nous croyons que, en exigeant une preuve d'intention sexuelle plutôt que de mobile sexuel, l'arrêt Alderton pousse trop loin l'analyse subjective.

Abstraction faite de la confusion qu'elle pourrait créer sur la question de la recevabilité de la défense d'ivresse, l'approche subjective ne cadre pas avec l'analyse qu'ont jusqu'à maintenant retenue les tribunaux en matière d'attentat à la pudeur[57]. Les tribunaux ont en effet précisé que ce sont les circonstances dans lesquelles l'attentat est perpétré qui font qu'il s'agit d'un attentat à la pudeur et non pas l'intention de commettre un attentat à la pudeur.

En ce qui concerne l'infraction d'agression sexuelle, comme nous l'avons déjà souligné, les tribunaux ont adopté l'approche subjective dans les décisions Doré, Gardynik, Ramos et Barrett[58]. Il semble également que ce soit le critère que la Cour ait appliqué dans l'arrêt Chase, quoique dans cette affaire, le tribunal ait retenu une définition plus étroite des circonstances précises nécessaires pour qu'une agression soit considérée sexuelle[59].

Malheureusement, ni Mewitt, ni Manning, ni la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt Alderton n'expliquent pourquoi il faut ajouter un élément mental additionnel de mobile ou d'intention dans le cas de l'agression sexuelle.

Étant donné le fardeau supplémentaire que cela impose à la Couronne, il est douteux que l'approche subjective favorise une augmentation du taux de condamnations en matière d'agressions sexuelles[60]. En outre, comme nous l'avons déjà souligné, le fait d'exiger une intention sexuelle restreint inutilement le degré de protection accordée aux plaignants[61].

Dans son ouvrage intitulé The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127, David Watt favorise l'adoption d'un critère objectif en matière d'agression sexuelle :

> [TRADUCTION]
> Il semble que, en principe, il n'existe aucune raison de considérer que l'élément mental qui constitue l'agression sexuelle est d'une nature autre que celui que les tribunaux

> ont vu dans l'infraction abolie d'attentat à la pudeur, c'est-à-dire l'application intentionnelle de la force contre autrui[62].

Watt fait valoir que ce raisonnement est conforme aux anciennes dispositions législatives relatives à l'attentat à la pudeur et au viol qui n'exigeaient que la preuve de l'élément mental fondamental.

En ce qui concerne les facteurs dont les tribunaux devraient tenir compte pour déterminer s'il y avait effectivement des circonstances sexuelles, Watt propose d'examiner les actes constitutifs de l'agression ou les mots ou les gestes proférés ou faits par l'accusé au moment de la commission d'une agression qui n'est pas en elle-même sexuelle[63]. Suivant cette thèse, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu contact avec les organes génitaux ni qu'il y ait mobile ou intention sexuelle.

Il importe de noter que même si elle propose une **analyse** analogue à celle qu'on applique en matière d'attentat à la pudeur, l'approche objective n'établit aucun parallèle entre la **substance** des deux infractions :

> [TRADUCTION]
> ... mettre sur le même pied ces deux infractions conduit à une interprétation trop stricte et trop libérale : trop libérale parce que les "attentats à la pudeur" englobent des activités qui ne sont pas exclusivement de caractère sexuel et trop étroite en ce sens qu'elle tend à limiter artificiellement les agressions sexuelles à ce qu'on a jusqu'à maintenant appelé l'attentat à la pudeur, ce qui a pour effet de méconnaître les comportements sexuellement agressifs qui vont au-delà de ce que l'on a jusqu'à maintenant appelé attentat à la pudeur[64].

Les tribunaux qui ont abordé directement ou indirectement cette questions sont unanimes pour dire que l'agression sexuelle ne devrait pas être assimilée à l'attentat à la pudeur[65].

À l'instar de Watt, Boyle prévoit que les tribunaux choisiront d'adopter un critère objectif pour déterminer le sens du terme "sexuelle" plutôt que de mettre l'accent sur la perception subjective de l'accusé ou de la victime. Pour sa part, Boyle préconise l'emploi d'une analyse qu'elle appelle la [TRADUCTION] "méthode de la ressemblance"[66]. Suivant cette méthode, la différence entre une agression et une agression sexuelle reposerait sur la ressemblance de l'agression avec ce qui serait généralement considéré comme une agression sexuelle :

> [TRADUCTION]
> "... un attouchement pourra être considéré comme sexuel s'il s'agit d'un attouchement qui, dans une situation sans composante agressive, aurait rapport au sexe. Tout acte de violence qui ressemble de près ou de loin aux actes que la

> société juge sexuellement gratifiants porte atteinte à la dignité de la personne étant donné l'importance que chacun ait la liberté de choisir le partenaire avec qui il ou elle aura des rapports intimes[67].

L'utilisation des différences entre les sexes pour humilier et avilir devrait également, suivant Boyle, faire partie des agressions sexuelles[68].

À la différence des approches de Mewitt, de Manning et de Watt, cette conception n'a pas encore été utilisée par les tribunaux.

Conclusion

Les modifications législatives de 1983 comportent deux principales lacunes qui ont eu pour effet de limiter la réalisation des objectifs du législateur dans ce domaine. Il s'agit de l'absence de dispositions interprétatives dans le Code qui puissent aider les tribunaux à définir le terme "sexuelle" contenu à l'article 246.1 et du manque de clarté du Code sur la personne dont le point de vue est à retenir pour déterminer si l'agression doit être considérée comme une agression sexuelle. Le texte de loi ne donne aucune réponse à ces importantes questions de principe.

Deux cours d'appel ont, dans les importantes décisions Chase et Alderton, abordé ce problème sans procéder à une analyse fouillée de ce qui constituait un comportement sexuel inacceptable. Dans ces arrêts, les tribunaux ont donné de l'agression sexuelle une définition simpliste qui méconnaît la nature complexe de la violence sexuelle et qui entrave davantage la réalisation de certains des objectifs poursuivis par le législateur.

Dans l'arrêt Chase, la Cour a appliqué une définition abstraite du terme "sexuelle" suivant laquelle il fallait dans tous les cas qu'il y ait eu contact avec les organes génitaux. La Cour a rejeté l'idée suivant laquelle le caractère sexuel d'une agression pouvait dépendre de l'ensemble des circonstances. Cette définition rappelle étrangement l'ancienne disposition du Code qui obligeait à prouver la pénétration en matière de viol; il se peut d'ailleurs que cette définition ait, en pratique, le même effet.

En retenant comme facteur clé la présence ou l'absence de contact avec les organes génitaux, la Cour attire, dans l'arrêt Chase, l'attention sur l'aspect sexuel de l'agression plutôt que sur son aspect violent. Cela entre en flagrante contradiction avec l'objectif des modifications.

Comme l'ancienne exigence en matière de preuve de la pénétration, cette importance donnée à l'aspect sexuel crée des barrières systémiques que doivent franchir ceux qui veulent signaler ces incidents. Dans leur témoignage, les plaignants devront encore dévoiler certains détails physiques intimes, ce

qui perpétuera le harcèlement dont ils font l'objet en contre-interrogatoire.

Au surplus, en donnant une importance exagérée au contact génital et en en faisant le facteur clé, on risque de décourager les victimes de signaler les crimes sexuels à cause de la perpétuation de la stigmatisation morale dont ils ont toujours fait l'objet.

En ne retenant comme facteur déterminant que la gratification sexuelle, l'arrêt Alderton soulève des problèmes analogues. À l'instar de l'arrêt Chase, l'arrêt Alderton ajoute foi à la conception traditionnelle voulant que les infractions sexuelles soient des crimes contre les moeurs plutôt que des crimes de violence. Comme nous l'avons déjà souligné, cela a pour effet de perpétuer la stigmatisation morale qui s'attache aux plaignantes et de les décourager de porter plainte.

Les arrêts Chase et Alderton proposent des définitions inutilement restrictives de ce qui, pour l'application de l'article 246.1, constitue un comportement sexuel qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la société[69].

Dans l'arrêt Chase, la Cour en est venue à la conclusion que le fait de saisir de force les seins ne constituait pas une agression sexuelle en dépit du fait que les commentateurs et la plupart des tribunaux inférieurs semblent d'accord pour dire que les seins sont communément perçus comme un attribut sexuel et que les agressions sexuelles ne se manifestent pas nécessairement par des contacts avec les organes génitaux[70].

Dans l'arrêt Alderton, la Cour n'a tenu aucun compte des éléments de preuve qui tendaient à démontrer que les agressions sexuelles pouvaient avoir pour mobile non seulement la volonté d'assouvir un désir sexuel mais également la volonté d'extérioriser des sentiments d'agressivité généralisée[71].

Par conséquent, ni l'une ni l'autre de ces décisions ne tient compte de toute la gamme des éléments physiques et mentaux qui, comme certaines études tendent à le démontrer, composent dans beaucoup de cas les rapports sexuels violents[72].

Si la Cour suprême du Canada confirme l'arrêt Chase, il est à prévoir que certaines atteintes potentiellement graves à l'intégrité physique des personnes, comme la pénétration anale forcée avec un objet ou un doigt échapperont à l'application de la loi.

Si l'arrêt Alderton est suivi, il se peut bien que même la manipulation génitale non désirée échappe au champ d'application de l'article 246.1 si l'agresseur y recourt uniquement pour exercer un contrôle sur la victime ou pour l'humilier ou la dégrader.

Ces deux exemples illustrent à quel point l'interprétation que les tribunaux ont donné du terme "sexuelle" dans les arrêts Chase et Alderton limite le nombre de situations dans lesquelles

l'intégrité physique des victimes est reconnue et protégée. Cette protection est trop limitée, à notre avis, pour satisfaire à l'objectif de la loi en matière de protection de l'intégrité physique des personnes contre les actes sexuels non désirés.

Les décisions de tribunaux inférieurs qui ont retenu l'analyse objective semblent plus conformes aux objectifs du législateur. Ceci tient au fait que les tribunaux permettent au juge des faits de faire entrer en ligne de compte une série de facteurs relatifs aux circonstances avant de décider si l'agression est sexuelle. Par conséquent, les plaignants sont **potentiellement** protégés dans un plus grand nombre de situations.

Il y a cependant lieu de craindre qu'en raison du manque de dispositions interprétatives dans le Code, les juges des faits qui appliqueront à l'avenir la méthode objective combleront cette lacune en recourant aux anciennes conceptions de ce qui constitue un comportement sexuel inacceptable et en se fiant aux affaires de viol qu'ils connaissent. En outre, les décisions des tribunaux inférieurs qui utiliseront l'approche objective ne lieront pas les tribunaux appelés par la suite à se prononcer sur la même question.

En plus du problème d'interprétation qu'il soulève, l'article 246.1 pourrait être inconstitutionnel en raison de son manque de clarté[73]. L'article 7 de la Charte prévoit que chacun a "... droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne" et que "il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale"[74]. Or, les principes de justice fondamentale exigent peut-être qu'avant d'infliger une sanction criminelle, la loi doive informer le public de ce qui constitue un comportement criminel de façon plus précise que ce qu'elle indique à l'article 246.1[75]. Par ailleurs, on pourrait prétendre que l'article 246.1 porte atteinte au droit de chacun à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires énoncé à l'article 9 de la Charte[76].

Le manque de clarté de l'article 246.1 sur le plan du point de vue et de la définition à adopter soulève donc des problèmes quant à sa conformité avec les objectifs du législateur et quant à sa constitutionnalité. Cette imprécision a donné lieu à l'adoption de définitions relativement étroites et simplistes du terme "sexuelle" dans les deux principales décisions qui ont été rendues jusqu'à maintenant. Dans ces deux décisions, les tribunaux ont évité de procéder à une analyse fouillée de la frontière qui sépare le comportement sexuel acceptable du comportement sexuel inacceptable. C'est ce qu'a fait le tribunal dans l'arrêt Chase en formulant un critère biologique abstrait et en l'appliquant à tous les cas. C'est également ce qu'a fait le tribunal dans l'arrêt Alderton en mettant l'accent sur la présence d'un désir de gratification sexuelle.

Ces deux raisonnements limitent la protection accordée aux plaignants et mettent en relief l'aspect sexuel plutôt que l'aspect agressif de ce genre de voies de fait.

Il est difficile pour le moment de prévoir comment les tribunaux réagiront face à l'imprécision du libellé de l'article 246.1. L'adoption de dispositions interprétatives pourrait cependant aider les tribunaux à élaborer une définition de l'agression sexuelle qui soit plus conforme aux objectifs exprimés par le législateur dans les modifications de 1983.

À cet égard, nous considérons que la méthode de la ressemblance proposée par Boyle[77] mérite l'attention du législateur. Cette méthode a l'avantage d'être conforme aux objectifs de la loi et de retenir surtout l'aspect de violence des agressions sexuelles sans complètement écarter la pertinence de la gratification sexuelle. Cette conception reflète les différentes origines et manifestations des agressions sexuelles et est susceptible d'accorder la protection maximale aux plaignants.

RENVOIS

1 Alinéas 244(1)a) et 244(1)b); l'alinéa 244(1)c) prévoit que commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

2 Paragraphe 244(2).

3 Articles 246.1, 246.2 et 246.3, par opposition aux articles 245, 245.1 et 245.2.

4 C.L.M. Boyle "Sexual Assault and the Feminist Judge" (projet d'article pour le Canadian Journal of Women and the Law) (été 1985), p. 7.

5 Dans ce chapitre, les observations formulées par l'auteure sur la définition du terme "sexuelle" à l'article 246.1 valent également pour les infractions définies aux articles 246.2 et 246.3, étant donné qu'un des éléments de ces infractions est la perprétation de l'infraction d'agression sexuelle prévue à l'article 246.1.

6 R. c. Barrett (1984) 13 W.C.B. 96 (Cour prov. Ont.); R. c. Stennett (1984) 12 W.C.B. 422 (Cour de comté Ont.); R. c. Doré (1984) 12 W.C.B. 360 (Cour de comté C.-B.); R. c. Chase (1984) 55 R.N.-B. (2e) 98 (C.A. N.-B.) autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. accordée; R c. Bigmore [1984] B.C.D. Crim. Conv. 6108-03 (Cour de comté C.-B.); R. c. Gardynik [1985] 42 C.R. (3e) 362 (Cour de comté Ont.); R. c. Ramos (1985) 42 C.R. (3e) 370; R. c. Alderton, jugement non encore publié rendu le 31 janvier 1985 par la C.A. Ont.

7 R. c. Chase, supra, note 6.

8 Ibid., à la p. 104.

9 Ibid., à la p. 103.

10 Ibid., à la p. 102.

11 R. c. Gardynik, supra, note 6 à la p. 365.

12 Bigmore, Gardynik, Ramos et Alderton, supra, note 6.

13 R. c. Chase, supra, note 6 à la p. 103.

14 C.L.M. Boyle, R. c. Chase : "Comment" (1984) 40 C.R. (3e) 282.

15 D. Watt, The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127 Toronto, Butterworths, 1984, p. 99.

16 Boyle, supra, note 14.

17 Ibid.

18 Les infractions sexuelles, document de travail n° 22, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, p. 3.

19 Boyle, supra, note 4.

20 Supra, note 6, à la p. 369.

21 Supra, note 6, à la p. 374.

22 R. c. Chase, supra, note à la p. 102.

23 Boyle, supra, note 4.

24 Rapport sur les infractions sexuelles, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, p. 8 et 9.

25 R. c. Gardynik, supra, note 6.

26 Boyle, supra, note 4, à la p. 12.

27 Boyle, supra, note 4, à la p. 14.

28 Comme le démontrent les années de débat et de controverse qui ont marqué l'introduction des modifications. Pour un compte rendu historique de certaines des questions controversées soulevées, voir : Watt, supra, note 15, aux p. 1 à 4; C.L.M. Boyle, Sexual Assault, Toronto, Carswell, 1984, p. 1 à 30; D. Kinnon, Rapport sur l'agression sexuelle au Canada, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1981, p. 36 à 43.

29 L'article 246.1 ne définit pas le terme "sexuelle" mais se contente d'établir la peine applicable pour la perpétration de l'infraction d'agression sexuelle.

30 S. Parker, "The 'New' Sexual Offences" (1983) 31 C.R. (3e) 317; voir aussi : Mewett et Manning infra, note 52.

31 R.D. Wiener "Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape" (1983), 6 Harvard Women's Law Journal 143; S, Katz et M. Mazur, Understanding the Rape Victim, Wiley-Interscience, 1979, p. 143 à 145; L. Clark and D. Lewis, Rape: The Price of Coercive Sexuality Toronto, The Women's Press, 1977, p. 141 et 142.

32 Ibid.

33 Parker, supra, note 30.

34 R. c. Doré; R. c. Bigmore; R. c. Gardynik et R. c. Ramos, supra, note 6.

35 R. c. Garnynik, supra, note 6.

36 R. c. Bigmore, supra, note 6.

37 R. c. Doré, supra note 6; dans l'affaire Doré, le juge des faits n'a pas déclaré le prévenu coupable d'agression sexuelle étant donné que la preuve ne lui permettait pas d'être convaincu hors de tout doute raisonnable qu'une agression sexuelle avait été commise.

38 Ibid., à la p. 2 (motifs complets du jugement).

39 R. c. Gardynik, supra, note 6.

40 R. c. Ramos, supra, note 6.

41 Ibid. à la p. 375.

42 Ibid.

43 R. c. Barrett, supra, note 6.

44 Ibid. à la p. 9 (motifs complets du jugement).

45 Ibid.; voir également p. 4 du présent document.

46 Voir à la p. 6 du présent document.

47 J. Brickman et al. Winnipeg Rape Incidence Project, document présenté dans le cadre de la conférence annuelle de l'Association des centres canadiens contre le viol, mai 1980, p. 1.

48 R. c. Alderton, supra, note 5. Voir également : R. C. Stennett, supra, note 6 dans laquelle le tribunal a statué que le terme "sexuelle" comprenait [TRADUCTION] "tout ce qui se rapporte à la gratification sexuelle et au besoin de satisfaire un désir sexuel"; voir également R. c. Lang, décision non encore publiée rendue le 22 oct. 1984 par la C.B.R. de l'Alb., dans laquelle la Cour a statué que [TRADUCTION] "... dès lors que le but de l'attouchement est d'obtenir une gratification sexuelle, l'agression est sexuelle".

49 R. c. Alderton, supra, note 6.

50 Dans son Rapport sur les infractions sexuelles, supra, note 24, aux p. 15 et 16, la Commission de réforme du droit précise que les réformes visaient à mettre désormais l'accent sur l'aspect violent de ce genre d'agression et non plus sur leur aspect sexuel.

51 Boyle, supra, note 4 à la p. 9.

52 A. Mewett et M. Manning, Criminal Law, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985, p. 594.

53 Ibid., à la p. 595.

54 Ibid.

55 R. c. Alderton, supra, note 6 à la p. 10.

56 Voir à la p. 39 du présent document.

57 R. c. Maurantonio [1968] 1 O.R. 145 (C.A.); R. c. Resener [1968] 4 C.C.C. 129 (C.A.C.-B.); R. c. Pharo [1970] 12 C.R.N.S. 151 (Cour de comté Ont.); R. c. Rhynard [1980) 41 N.S.R. 2e 104 (C.A.); voir cependant l'opinion dissidente contraire du juge Laskin (alors juge puîné) dans R. c. Maurantonio, à la p. 149.

58 Voir à la p. 39 du présent document.

59 R. c. Chase, supra, note 6; par exemple, un contact avec les organes génitaux par opposition au fait de mordre les seins, de pincer les fesses ou d'embrasser la victime de force.

60 Voir les commentaires de Jean Chrétien sur le projet de loi C-53, le prédécesseur du projet de loi C-127. M. Chrétien faisait valoir que : "... la procédure doit être utilisée de façon à obtenir le nombre maximum de condamnations". Comité permanent de la justice et des questions juridiques, Délibérations, 77:43, 22 avril 1982.

61 Voir à la p. 11 du présent document.

62 Watt, supra, note 15, à la p. 99.

63 Ibid.

64 Ibid.

65 R. c. Chase; R. c. Gardynik; R. c. Stennett, supra, note 6.

66 Boyle, supra, note 28, à la p. 75.

67 Ibid., aux p. 74 et 75.

68 Boyle, supra, note 4, à la p. 8.

69 Rapport sur les infractions sexuelles, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, p. 3.

70 Parker, supra, note 30; Boyle, supra, note 4; Boyle, supra note 28; Watt, supra, note 15; R. c. Gardynik; R. c. Dore; R. c. Bigmore, et R. c. Ramos, supra, note 6.

71 Boyle, supra, note 4.

72 Voir le Rapport de la commission de réforme du droit, supra, note 69, aux p. 53 et 54 où la Commission explique, dans les notes explicatives accompagnant les dispositions législatives dont elle recommande l'adoption, la raison pour laquelle elle a préféré écarter l'expression "gratification sexuelle" :

> On nous a en effet fait valoir, lors de nos consultations, que bien des "attouchements" ou "contacts" ont lieu sans aucun but sexuel (lors d'une bagarre dans un bar par exemple). L'expression "gratification sexuelle" a été rejetée parce qu'elle connote une idée de satisfaction et un motif qui ne sont pas nécessairement présents. Même lorsque le délinquant a l'intention d'humilier ou de dégrader la victime, le but n'en demeure pas moins "sexuel"..."

73 Boyle, supra, note 28, à la p. 73.

74 Loi constitutionnelle de 1982 [éd. par la Loi de 1982 sur le Canada, chap. 11 (R.-U.) annexe B].

75 Boyle, supra, note 28 à la p. 73; voir également le Rapport de la commission de réforme du droit, supra, note 24, à la p. 7, où la Commission souligne que le besoin de précision constitue une des raisons justifiant la réforme en matière d'infraction sexuelle :

> La Commission estime que, surtout en matières pénales, la règle législative qui prohibe des conduites générales et non purement techniques, doit être facilement accessible à la compréhension du public. Force est de constater qu'en la matière, les dispositions actuelles du Code criminel sont loin d'être claires.

On pourrait malheureusement dire la même chose de l'article 246.1.

76 Boyle, supra, note 28, à la p. 73. Boyle avance que l'article 9 pourrait s'appliquer mais précise que les tribunaux américains ont confirmé la constitutionnalité de certaines dispositions analogues.

77 Voir à la p. 13 du présent document pour un exposé de cette thèse.

2. Les conséquences de l'extension des infractions sexuelles aux deux sexes

À la différence du crime de viol, l'agression sexuelle peut être commise par un homme ou une femme sur une victime de sexe masculin ou féminin[1]. Le législateur a décidé d'étendre ainsi les infractions sexuelles aux deux sexes dans le but avoué d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe du Code criminel[2].

Sur les 71 cas d'agressions sexuelles analysés dans la présente étude, seulement deux ne mettaient pas en cause un agresseur de sexe masculin et une victime de sexe féminin. Dans l'affaire R. c. Doré, le plaignant et le prévenu étaient tous deux des adultes de sexe masculin[3]. Le prévenu a finalement été acquitté cependant, étant donné que, suivant la preuve, un doute raisonnable avait été soulevé quant à la question de savoir si une agression sexuelle avait été commise.

Dans La Reine c. Le Gallant[4], le plaignant et l'accusé était également tous deux de sexe masculin. La victime était toutefois âgée de 13 ans alors que l'assaillant était un adulte. Le tribunal prononça également un verdict d'acquittement au motif que c'était l'enfant qui était l'agresseur sexuel.

Il est nécessaire de procéder à des études sociologiques pour expliquer comment il se fait que le modèle suivant lequel on a toujours affaire à un accusé de sexe masculin et à une victime de sexe féminin semble se perpétuer. Cela est peut-être attribuable au fait que les policiers et les procureurs de la Couronne chargés de faire enquête et de porter des accusations agissent encore d'après les postulats sur lesquels reposaient les règles de droit abolies en matière de viol. Il se peut également que les autorités chargées d'appliquer la loi préfèrent invoquer d'autres dispositions du Code criminel, comme l'article 157 (grossière indécence) ou l'article 155 (sodomie ou bestialité), lorsque le plaignant est de sexe masculin.

Il se peut également que certains facteurs sociaux jouent un rôle. Ainsi, les victimes de sexe masculin sont peut-être moins portées à signaler une agression sexuelle pour des motifs d'ordre psychologique ou en raison de leur ignorance des nouvelles dispositions de la loi en matière d'agression sexuelle. Par ailleurs, la perpétuation du modèle établi en matière de rôles sexuels s'explique probablement par le fait que, dans notre société, les femmes constituent la majorité des victimes des agressions fondées sur le sexe.

Sur le plan théorique, il semble que le législateur ait atteint son objectif de faire disparaître toute discrimination **de jure** en supprimant aux articles 246.1, 246.2 et 246.3 toute mention d'un sexe ou de l'autre. Ce n'est que lorsqu'ils seront appelés à trancher des affaires n'opposant pas des agresseurs de sexe masculin à des victimes de sexe féminin qu'on pourra savoir si les tribunaux appliqueront effectivement ces dispositions sans égard au sexe.

RENVOIS

1 Article 246.1. C'est également le cas en ce qui concerne l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles (246.2) et l'agression sexuelle grave (246.3).

2 Document d'information : Infractions sexuelles contre la personne et protection des jeunes, ministère de la Justice, 1980, p. 6 à 8.

3 (1984), 12 W.C.B. 360 (Cour de comté C.-B.).

4 Jugement non encore publié rendu le 12 juin 1985 par la C.S. de la B.-C.

3. L'influence du paragraphe 246.1(2) sur la recevabilité de la défense d'erreur

Le paragraphe 246.1(2) décharge le ministère public de l'obligation de prouver l'absence de consentement de la victime pour obtenir la condamnation de la personne inculpée d'agression sexuelle, lorsque le plaignant est âgé de moins de 14 ans et que l'accusé est de moins de trois ans son aîné :

> 246.1 (2) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) ou aux articles 246.2 ou 246.3 à l'égard d'une personne âgée de moins de quatorze ans, ne constitue pas une défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation sauf si l'accusé est de moins de trois ans son aîné.

À quelques différences notables près, cet article semble être le pendant de l'article 146[1]. L'article 146 dispose que :

> 146. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin
> a) qui n'est pas son épouse, et
> b) qui a moins de quatorze ans,
> que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

Certaines différences évidentes ressortent à la lecture de ces deux dispositions. Ainsi, le paragraphe 246.1(2) pourrait s'appliquer à une situation mettant en cause deux conjoints alors que l'article 146 ne le pourrait pas. En outre, seule une personne de sexe masculin peut être accusée en vertu de l'article 146, alors que n'importe qui pourrait être accusé d'une des infractions d'agression sexuelle visées par le paragraphe 246.1(2). Pour obtenir une condamnation en vertu de l'article 146, le ministère public doit également faire la preuve de la pénétration alors que les articles 246.1, 246.2 et 246.3 s'appliquent à une plus grande variété de rapports sexuels[2]. Finalement, l'article 146 contient une interdiction générale qui vise toutes les relations sexuelles avec des persones de sexe féminin qui ont moins que l'âge prévu, alors que le paragraphe 246.1(2) permet un certain degré de relations sexuelles entre jeunes personnes consentantes, lorsque les parties en cause ont une différence d'âge de moins de trois ans.

Il existe une autre distinction plus subtile entre les deux dispositions : elle concerne la recevabilité de la défense d'erreur. L'article 146 énonce expressément que l'accusé peut être condamné, qu'il **croie ou non** à tort que la victime est âgée de plus de 14 ans. La responsabilité prévue à cet article est donc une responsabilité stricte dès que **l'actus reus** est prouvé (rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans qui n'est pas l'épouse de l'accusé).

Le paragraphe 246.1(2) est moins explicite. Bien qu'il prévoie que le consentement ne constitue pas une défense, ce paragraphe ne prévoit pas précisément la présence ou l'absence d'une croyance erronée sur l'âge du plaignant. On peut donc se demander si le paragraphe 246.1(2) exclut, par implication nécessaire, la défense d'erreur.

Cette question a été soulevée dans la décision R. c. Roche, la principale affaire ayant porté jusqu'à maintenant sur le paragraphe 246.1(2)[3]. Dans l'affaire Roche, l'accusé était âgé de 20 ans alors que la plaignante n'avait que 13 ans. L'accusé croyait toutefois honnêtement que la plaignante avait 15 ans et prétendait que, pour cette raison, il devait être acquitté. L'avocat de la défense a soutenu que condamner le prévenu alors qu'il croyait honnêtement à des faits, qui, s'ils avaient été vrais, l'auraient rendu innocent, violerait, en l'absence d'une disposition claire de la loi à ce sujet, les principes de justice fondamentale et porterait atteinte à son droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable[4].

Dans l'affaire Roche, le ministère public a fait valoir, en s'appuyant sur une décision de 1972, le jugement R. c. Hurd[5], que le Parlement voulait, par implication nécessaire, exclure au paragraphe 246.1(2) la défense d'erreur de fait. Le ministère public soutenait que l'on dépouillerait la disposition de toute signification si on l'interprétait autrement.

Dans l'affaire Hurd, le prévenu était accusé d'avoir commis l'infraction d'attentat à la pudeur prévue à l'ancien paragraphe 141(1) du Code. La plaignante, qui avait manifestement consenti aux rapports sexuels, avait tout juste moins de 14 ans mais l'accusé la croyait raisonnablement plus âgée. Tout comme l'actuel paragraphe 246.1(2), l'ancien article 132 prévoyait que la personne accusée d'un attentat à la pudeur ne pouvait invoquer en défense le consentement du plaignant, lorsque celui-ci était âgé de moins de 14 ans. Par ailleurs, l'article 132, tout comme le paragraphe 246.1(2), n'excluait pas **expressément** la défense d'erreur[6].

Dans la décision Hurd, la cour a statué qu'il ressortait manifestement de la lecture du paragraphe 141(1) et de l'article 132 que le législateur avait voulu exclure la **mens rea** des éléments essentiels de l'infraction. L'accusé était donc coupable sans égard au fait qu'il ait voulu ou non commettre un attentat à la pudeur à l'encontre d'une personne d'un âge inférieur à celui que prévoyait la loi. Pour en arriver à cette conclusion, la cour a souligné que l'article 132 ne créait pas une nouvelle infraction mais qu'il empêchait simplement l'accusé d'invoquer le consentement de la victime comme moyen de défense. En d'autres termes, l'erreur du prévenu sur l'âge de la victime n'avait aucune importance étant donné qu'elle ne concernait aucun des éléments factuels constitutifs de l'infraction d'attentat à la pudeur énumérés au paragraphe 141(1)[7].

Malgré les similitudes évidentes qui existent entre l'ancien article 132 et le paragraphe 246.1(2), le tribunal n'a pas appliqué, dans la décision Roche, le raisonnement suivi dans l'arrêt Hurd, au motif qu'il avait été rendu avant l'entrée en vigueur de la Charte. Dans la décision Roche, le tribunal s'est dit d'avis que le législateur n'avait pas clairement établi que la simple preuve de l'acte prohibé entraînait nécessairement une déclaration de culpabilité. La cour a expliqué que sa décision tenait au fait que le paragraphe 246.1(2) n'excluait pas de façon explicite la défense d'erreur. Le prévenu a donc été acquitté pour ce motif.

Le tribunal en est venu à une décision analogue dans l'affaire R. c. Carroll. Le juge Robson, de la Cour provinciale a déclaré :

> [TRADUCTION]
> J'hésite à conclure à la responsabilité stricte de l'accusé et à le condamner sur ce fondement dans un cas où l'accusé pouvait raisonnablement croire que la fille avait au moins 14 ans. J'ai encore moins d'hésitation à ne voir aucune responsabilité stricte au paragraphe 246.1(2) compte tenu du fait qu'il n'y aurait aucune responsabilité stricte si Carroll avait été âgée de quinze ans[8].

À la différence de la décision Roche, le jugement Carroll ne contient aucune mention de la Charte.

La seule autre affaire qui ait jusqu'à maintenant porté sur l'article 246.1, en l'occurrence, la décision R. c. Barrett[9], ne traite pas de la question de l'erreur de fait.

Certains auteurs ont reproché au tribunal d'avoir, dans la décision Roche, appliqué l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte au paragraphe 246.1(2), en alléguant que cela allait à l'encontre de la décision récente rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire R. c. Stevens[11]. Dans l'arrêt Stevens, la Cour a statué que l'exclusion expresse de la défense d'erreur à l'article 146 n'enfreignait pas l'article 7 de la Charte.

Dans son commentaire de la décision R. c. Roche, Don Stuart avance qu'il est illogique de déclarer inconstitutionnelle l'exclusion **implicite** de la défense d'erreur au paragraphe 246.1(2) tout en jugeant constitutionnelle l'exclusion **explicite** contenue à l'article 146[12]. En outre, Stuart met en doute le pouvoir des tribunaux d'appliquer l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte à des questions de fond comme la recevabilité de la défense fondée sur l'erreur de fait. Suivant Stuart, la jurisprudence dominante limite les pouvoirs de contrôle des tribunaux prévus à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte aux questions de procédure[13].

Étant donné que l'affaire Stevens fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada, la question générale du rapport entre l'imposition par un texte de loi d'une responsabilité stricte pour les [TRADUCTION] "véritables infractions criminelles"[14] et les exigences de la justice fondamentale sera probablement bientôt clarifiée. Il est également à souhaiter que la question de savoir si l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte autorisent le contrôle judiciaire des règles de fond sera tranchée[15]. Les réponses qui seront données à ces deux questions influenceront les prochaines décisions relatives au paragraphe 246.1(2).

En ce qui concerne les critiques formulées par Stuart au sujet de la décision Roche, il convient de noter que le tribunal aurait pu, dans cette décision tout comme dans l'affaire Carroll, en arriver à la même conclusion sans appliquer la Charte. Bien que les motifs qu'elle a formulés ne soient pas absolument clairs sur cette question, la cour semble avoir appliqué le principe d'interprétation fondamental suivant lequel, en droit pénal, l'intention du législateur d'imposer une responsabilité stricte doit ressortir de façon claire et non équivoque du texte même de l'article en cause[16].

Que les tribunaux recourent à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte ou aux principes fondamentaux d'interprétation législative pour interpréter le paragraphe 246.1(2), on peut se demander s'il est possible d'atteindre l'objectif que poursuit le législateur en matière de protection des enfants contre les relations sexuelles[17] en conservant la défense d'erreur dans le cas des agressions sexuelles mettant en cause des victimes de moins de 14 ans.

De prime abord, il semble que l'exigence de la **mens rea** que voient les tribunaux au paragraphe 246.1(2) restreint inutilement la protection des jeunes. Cette interprétation signifie que même l'accusé qui croit sans excuse légitime que le plaignant a plus de 14 ans sera exonéré.

En dépit des avantages qu'elle semble apparemment comporter, l'imposition d'une responsabilité stricte en matière d'agression sexuelle d'une personne de moins de 14 ans soulève de nombreux problèmes. En premier lieu, suivant la décision que rendra la Cour suprême du Canada dans l'affaire Stevens, il se peut qu'il soit inconstitutionnel de créer une infraction de responsabilité stricte dans un cas où il est possible d'infliger d'autres peines qu'une peine légère[18]. Par ailleurs, on ne voit pas comment on favoriserait la dissuasion en punissant l'accusé qui croit raisonnablement mais à tort que le plaignant était âgé de plus de 14 ans tout en exonérant le prévenu qui croyait en réalité mais à tort que le plaignant avait moins de 14 ans et qui s'est quand même livré à des relations sexuelles avec cette personne en dépit de cette conviction[19].

Il se peut que les tribunaux aient refusé, dans les décisions Roche et Carroll, de voir dans le paragraphe 246.1(2) une responsabilité stricte, en dépit d'un précédent contraire, parce qu'ils désiraient justement éviter un résultat aussi

injuste. C'est probablement à juste titre que les tribunaux craignent de condamner un prévenu qui croit raisonnablement que le plaignant a plus de 14 ans. On peut cependant craindre que le raisonnement suivi par les tribunaux dans les décisions Roche et Carroll ne permettront pas de protéger les enfants dans le cas où le prévenu se doute que la victime a moins de 14 ans mais ne se donne pas la peine de s'en informer et se sert de son âge pour l'amener à consentir à une relation sexuelle.

Comme solution possible à ce problème, le législateur pourrait considérer le compromis suivant : 1) prévoir expressément au paragraphe 246.1(2) qu'une erreur inexcusable quant à l'âge de la victime ne peut constituer une défense et 2) permettre de par la loi à l'accusé d'invoquer une défense de diligence raisonnable. La Commission de réforme du droit a recommandé que cette solution soit adoptée en ce qui concerne l'article 146.21

En ce qui concerne le paragraphe 246.1(2), l'inclusion de cette défense dans la loi permettrait à l'accusé de prouver qu'après avoir essayé, avec diligence raisonnable, d'établir l'âge du plaignant, il croyait que ce dernier avait plus de 14 ans. En pareil cas, l'accusé serait acquitté.

Nous croyons qu'en pénalisant le défendeur insouciant et en protégeant le prévenu raisonnable par l'adoption d'une disposition relative à la diligence raisonnable au paragraphe 246.1(2) le législateur en arriverait à un meilleur équilibre entre les intérêts de l'accusé et la nécessité de protéger les enfants contre les actes sexuels.

Conclusion

À la différence de l'article 146, le paragraphe 246.1(2) ne mentionne pas précisément la possibilité pour l'accusé d'invoquer l'erreur sur l'âge du plaignant comme défense à une accusation d'agression sexuelle contre une personne de moins de 14 ans. Par conséquent, les tribunaux qui ont été appelés à interpréter cet article ont statué qu'il n'excluait pas la défense d'erreur.

Dans la décision R. c. Roche, le tribunal a justifié cette conclusion en précisant qu'elle se conformait aux principes de justice fondamentale et au droit de l'accusé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable énoncés dans la Charte. Dans la décision R. c. Carroll, le tribunal en est arrivé à la même conclusion en appliquant le principe fondamental de droit pénal suivant lequel le texte de loi doit être clair et sans équivoque pour que le tribunal puisse conclure à la responsabilité stricte.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore tranché la question générale du rapport entre l'imposition d'une responsabilité stricte à l'égard des véritables infractions criminelles et l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. Toute décision à cet égard influencera l'interprétation que les tribunaux donneront au paragraphe 246.1(2).

Les interprétations qu'ont formulées les tribunaux dans les décisions Roche et Carroll semblent respecter les principes de justice fondamentale et le droit d'être présumé innocent que protège la Constitution. Ces interprétations ne tiennent malheureusement pas suffisamment compte de la nécessité de protéger les enfants contre les actes sexuels.

On pourrait mieux réaliser cet objectif du législateur en faisant des actes d'agression sexuelle mettant en cause des enfants de moins de 14 ans une infraction de responsabilité stricte, en prévoyant expressément au paragraphe 246.1(2) qu'une erreur inexcusable sur l'âge du plaignant ne constitue pas une défense et en créant, dans la loi, une défense de diligence raisonnable à l'égard du paragraphe 246.1(2).

RENVOIS

1 La loi C-127 n'a pas abrogé cet article qui demeure donc en vigueur. Sa constitutionnalité est toutefois contestable étant donné le fait qu'il rattache l'infraction à un sexe donné, portant ainsi peut-être atteinte à l'article 15 de la Charte et étant donné qu'il a pour effet d'exclure la **mens rea** dans le cas d'une véritable infraction criminelle pour laquelle la peine maximale prévue est très lourde, ce qui risque d'aller à l'encontre de l'article 7. En fait, dans une décision récente, la Cour de district de l'Ontario a déclaré l'article 146 inapplicable au motif qu'il allait à l'encontre de l'article 15. Voir : "Child Advocates Alarmed by Rulings Favouring Molesters", Toronto Globe and Mail, 16 juillet 1985.

2 Voir p. 3 à 22 du présent document pour une analyse des genres de comportement qui tombent sous le coup des articles 246.1, 246.2 et 246.3.

3 (1984) 40 C.R. (3e) 138 (Cour de comté Ont.).

4 Loi constitutionnelle de 1982, [éd. par la Loi de 1982 sur le Canada, chap. 11, annexe B] art. 7 et al. 11d).

5 [1972] 2 O.R. 322 (Cour de comté Ont.); conf. par R. c. Hurd (1972) 7 C.C.C. (2e) 90 (C.A. Ont.).

6 Voici le texte de cette disposition :

> 132. Lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 138, 141 ou 148 à l'égard d'une personne de moins de quatorze ans, le fait que la personne a consenti à la perpétration de l'infraction ne constitue pas une défense contre l'inculpation.

Cet article est devenu l'article 140 [par l'adoption de S.R.C. 1970 C-34] et a été par la suite abrogé par l'adoption du projet de loi C-127 [S.C. 1980-1981-1982, chap. 125, art. 5].

7 Supra, note 5, à la p. 323.

8 (1983) 11 W.C.B. 353 (Cour prov. Ont.) (motifs intégraux du jugement à la p. 6).

9 (1984) 13 W.C.B. 96 (Cour prov. Ont.).

10 D. Stuart, R v Roche: "Annotation" (1984) 40 C.R. (3e) 138.

11 (1983) 3 C.C.C. (3e) 198 (C.A. Ont.); autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. accordée.

12 Stuart, supra, note 10.

13 Ibid.; voir également : Re Potma (1983) 2 C.C.C. (3e) 383, (C.A. Ont.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée; contrat : Ref. Re S. 94(2) of the Motor Vehicle Act (1983) 33 C.R. (3e), 22 (C.A. C.-B.); dans l'affaire Stevens, la Cour a tenu pour acquis, pour les fins du débat seulement, que l'article 7 de la Charte permettait aux tribunaux de contrôler les dispositions de fond de la loi. La Cour a précisé que sa décision ne portait pas sur cette question. Supra, note 11 à la p. 200.

14 Ainsi que l'a précisé le tribunal dans la décision R. c. City of Sault Ste. Marie (1978) 40 C.C.C. (2e) 353, à la p. 362.

15 Certains auteurs ont laissé entendre que même si la Cour suprême en venait à la conclusion que l'article 7 de la Charte n'accorde pas aux tribunaux le pouvoir de contrôler les règles de fond, l'imposition d'une responsabilité stricte à l'égard des véritables infractions criminelles pourrait quand même faire l'objet d'un contrôle judiciaire en tant que question de procédure, étant donné qu'elle concerne le fardeau de la preuve imposé à la Couronne. Voir : C.L.M. Boyle, Sexual Assault, Toronto, Carswell, 1984, p. 106.

16 A. Mewett et M. Manning, Criminal Law, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985, p. 307. Comme l'a avancé le procureur de la Couronne dans l'affaire Roche, on pourrait toutefois faire valoir un argument de poids en affirmant, sur le fondement de la décision Hurd, que, tout comme son prédécesseur l'article 132, le paragraphe 246.1(2) contient une intention claire du législateur d'imposer une responsabilité stricte.

17 Rapport sur les infractions sexuelles, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, p. 9.

18 Boyle, supra, note 15 à la p. 107.

19 Boyle cite cet exemple par rapport à l'article 146, mais le même problème pourrait se présenter en ce qui concerne le paragraphe 246.1(2). Voir : Boyle, supra, note 15, à la p. 107.

20 R. c. Hurd, supra, note 5.

21 Commission de réforme du droit du Canada, supra note 17, aux p. 22 et 24. La Commission a proposé l'adoption de la disposition suivante :

1) Un accusé ne peut être trouvé coupable d'une infraction prévue aux articles 4 [attouchement sexuel avec des mineurs de moins de 14 ans] ou 5 [attouchement sexuel avec des personnes en relations de dépendance] si, après avoir exercé une diligence raisonnable dont la preuve lui incombe, il croyait, au moment de l'infraction, que la personne avait un âge supérieur à celui prévu par ces articles.

4. Rapports entre le paragraphe 246.1(2) et l'article 15 de la Charte

Comme nous l'avons déjà expliqué au chapitre précédent[1], le paragraphe 246.1(2) dispose que le consentement de la victime ne constitue pas une défense à une accusation d'agression sexuelle, lorsque la victime est âgée de moins de 14 ans et que le prévenu est de plus de trois ans son aîné.

Étant donné qu'il nie à l'accusé plus âgé une défense dont il pourrait se prévaloir s'il était plus jeune, certains ont soutenu que cet article créait une discrimination fondée sur l'âge et qu'il violait l'article 15 de la Charte[2]. Dans l'affaire La Reine c. Le Gallant, l'inculpé, qui était un enseignant adulte de sexe masculin, était accusé d'avoir commis des voies de fait sur la personne d'un adolescent de 13 ans[3]. L'avocat de la défense soutenait que le garçon avait suffisamment de connaissances et d'expérience[4] pour formuler un consentement éclairé et qu'il avait en réalité consenti aux actes à l'origine de l'agression reprochée. Étant donné que la preuve des faits reprochés aurait entraîné un acquittement si l'accusé avait été âgé de moins de 16 ans, l'avocat de la défense a fait valoir que la façon dont le paragraphe 246.1(2) s'appliquait à l'accusé en l'espèce allait à l'encontre de l'article 15 de la Charte qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a souscrit à cet argument et a statué que, étant donné que le paragraphe 246.1(2) ne permettait pas à l'accusé plus âgé d'invoquer le consentement de la victime en défense alors qu'il l'accordait à la personne âgée de 16 ans, cet article établissait une distinction fondée sur l'âge qui était discriminatoire[5].

La Cour a par ailleurs statué que cette violation de l'article 15 ne se justifiait pas raisonnablement en vertu de l'article 1 de la Charte :

> [TRADUCTION]
> Je ne saurais souscrire à l'argument suivant lequel on puisse valablement faire une discrimination fondée sur l'âge en vue de dissuader les personnes plus âgées d'exploiter des mineurs. Quelle soit le fait d'un jeune ou d'une personne plus âgée, l'exploitation est tout aussi condamnable[6].

Le juge a soutenu que si la raison d'être du paragraphe 246.1(2) procédait d'un volonté de prévenir un abus d'autorité, l'alinéa 244(3)d) jouait beaucoup mieux ce rôle. Cet alinéa prévoit que ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre à des actes sexuels en raison de l'exercice de l'autorité de l'assaillant.

De l'avis du juge, rien ne justifiait de permettre à l'adolescent qui était de moins de trois ans l'aîné du plaignant

de se prévaloir de la défense de consentement tout en le refusant aux personnes plus âgées[7]. Suivant le juge, [TRADUCTION] "on peut être en désaccord avec le fondement du paragraphe 246.1(2)"[8] si, par cette disposition, le législateur laisse entendre que les relations sexuelles entre personnes d'âges différents sont condamnables alors qu'elles sont acceptables si elles sont échangées entre des personnes qui sont à peu près du même âge. La Cour a confronté cette considération avec les conséquences qui découleraient d'un refus de reconnaître l'égalité devant la loi aux personnes se livrant à des actes semblables et en est venue à la conclusion que la différence de traitement ne se justifiait pas en vertu de l'article 1 de la Charte.

Conclusion

Dans une décision récente, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a mis en cause la constitutionnalité du paragraphe 246.1(2). Cette disposition restreint la recevabilité de la défense de consentement dans les cas d'agression sexuelle mettant en cause des enfants de moins de 14 ans. Dans l'arrêt La Reine c. LeGallant, la Cour a déclaré le paragraphe 246.1(2) invalide au motif qu'il enfreignait l'article 15 de la Charte qui interdit toute discrimination fondée sur l'âge[9].

Cette décision soulève des problèmes fondamentaux quant aux objectifs poursuivis par le législateur en matière de protection des enfants contre les relations sexuelles[10]. Suivant les auteurs du Rapport Badgley, les jeunes sont particulièrement vulnérables aux abus et à l'exploitation sexuels[11], notamment dans leurs rapports avec les adultes en qui ils ont confiance et qui occupent une place importante dans leur vie[12]. Dans l'arrêt LeGallant, la Cour n'a pas tenu compte de ces facteurs. Pour décider qui, du principe à la base du paragraphe 246.1(2) ou du droit à l'égalité devant la loi, devait l'emporter, la Cour n'a pas fait suffisamment ressortir la différence qui existe entre la vulnérabilité particulière des enfants face aux adultes et leur statut par rapport aux autres jeunes ou adolescents. Ainsi donc, en statuant que le paragraphe 246.1(2) allait à l'encontre de l'article 15 de la Charte, la Cour a donné une interprétation qui ne protège pas suffisamment les enfants contre les actes sexuels.

L'arrêt LeGallant soulève également des problèmes quant à la question du consentement. Dans cette affaire, l'avocat de la défense soutenait que le plaignant avait suffisamment de connaissances et d'expérience pour consentir en toute connaissance de cause aux actes sexuels en question et qu'il y avait effectivement consenti[13]. Il y a tout lieu de croire que le tribunal a accepté cet argument étant donné que LeGallant a été finalement acquitté[14].

Ce raisonnement ne tient pas compte des études psychologiques qui tendent à démontrer que même s'ils semblent consentir aux activités sexuelles, les enfants en bas âge ne sont

pas vraiment en mesure de comprendre les conséquences de ces actes sur le plan émotif[15]. En raison de leur manque relatif de connaissance et d'expérience par rapport à la plupart des adultes, les enfants ne sauraient avec réalisme être qualifiés de partenaires sexuels égaux dans notre société[16]. Parler de consentement éclairé de l'enfant comme motif d'acquittement dans ces circonstances ouvrirait donc la porte à l'exploitation des enfants.

L'alinéa 244(3)d) pourrait s'avérer utile dans ce domaine, comme l'a souligné le juge dans l'affaire LeGallant. Ainsi, dans une décision récente, un tribunal de l'Ontario a statué que les adultes en position d'autorité ne peuvent prétendre que les victimes en bas âge ont consenti aux actes sexuels reprochés du simple fait qu'ils s'y sont soumis sans rien dire[17]. Le tribunal est parvenu à cette conclusion sur le fondement de l'alinéa 244(3)d).

Cette décision laisse entrevoir que l'alinéa 244(3)d) pourrait constituer un complément utile au paragraphe 246.1(2). Quoiqu'il en soit, étant donné qu'il ne s'applique qu'aux cas où l'accusé est manifestement en position d'autorité, cet alinéa accorde aux mineurs une protection plus limitée que celle qui découle du paragraphe 246.1(2).

On ne peut affirmer avec certitude si l'alinéa 244(3)d) vicierait le consentement du seul fait de la différence d'âge entre l'accusé et la victime. Il se peut que l'article exige, comme élément additionnel, la preuve de l'exercice de l'autorité[18]. Dans les cas où la victime en bas âge est exploitée par un adulte en qui l'enfant a confiance mais qui, abstraction faite de son âge, n'est pas manifestement en position d'autorité, l'alinéa 244(3)d) serait de peu d'utilité. Nous croyons par conséquent que, en dépit de l'existence de l'alinéa 244(3)d), les tribunaux qui suivront l'arrêt La Reine c. LeGallant ne respecteront pas suffisamment l'objectif poursuivi par le législateur en matière de protection des enfants contre les actes sexuels.

RENVOIS

1 Voir la troisième partie du chapitre I, à la p. 25.

2 La Reine c. LeGallant, décision non encore publiée rendue le 12 juin 1985 par la C.S.C.-B. En instance d'appel devant la C.A.C.-B.

3 Ibid.

4 Pour un exposé de la pertinence de cet élément pour la défense, voir la troisième partie du chapitre II du présent rapport, à la page 71.

5 La Reine c. LeGallant, supra, note 2 à la p. 11.

6 Ibid., à la p. 12.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Pour un exposé des problèmes soulevés par cette décision sur le plan de ses répercussions sur les objectifs poursuivis par le législateur en matière de protection des plaignants contre le harcèlement à l'audience et de la protection de l'intégrité de la personne contre les actes sexuels non désirés, voir la troisième partie du chapitre II du présent rapport, à la p. 68.

11 Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (Rapport Badgley), vol. I, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, Canada, 1984, p. 47.

12 Ibid. à la page 61.

13 La Reine c. LeGallant, supra, note 2 à la p. 9.

14 Étant donné que la décision a été rendue par un jury, il est difficile de connaître les motifs exacts de l'acquittement.

15 D. Finkelhor, "What's Wrong with Sex Between Adults and Children?" (1979) American Journal of Orthopsychiatry, 49(4), 692 à la p. 696; R. c. Barrett (1984) 13 W.C.B. 96 (Cour prov. Ont.) motifs intégraux, à la p. 24, du juge Silverman citant B. Hogan, "On Modernising the Law of Sexual Offences" in P.R. Glazebrook, éd., Reshaping the Criminal Law - Essays in Honour of Glandville Williams, London, Stevens and Sons, 1978, p. 180.

16 Finkelhor, supra, note 15.

17 "Child's Consent Not a Defence in Sexual Asault, Judge Rules," Toronto Globe and Mail, 5 avril 1984, p. 4.

18 Ainsi, dans la décision ontarienne, l'accusé était non seulement beaucoup plus vieux que la victime, mais était également son père.

5. La recevabilité de la défense d'intoxication en matière d'accusation d'agression sexuelle en vertu des articles 246.1, 246.2 et 246.3

En règle générale, l'ivresse ou l'intoxication volontaire par consommation d'alcool ou de drogues ne peut être invoquée en défense qu'à l'encontre des crimes d'intention spécifique ou arrêtée par opposition aux crimes d'intention générale[1]. Voici comment un auteur a expliqué la différence qui existe entre les deux types d'intention :

> [TRADUCTION]
> Si l'élément mental qui constitue le crime ne va pas au-delà de l'intention ou de l'insouciance quant aux conséquences extérieures du crime, l'infraction ne requiert la preuve que d'un **élément mental fondamental**. En revanche, si l'élément mental de l'infraction comporte l'intention de produire des conséquences qui vont au-delà des circonstances extérieures au crime, l'infraction en est une qui requiert la preuve d'un **élément mental arrêté**[2].

L'intoxication peut être utilisée comme moyen de défense parce qu'elle permet de nier l'existence de l'élément mental arrêté nécessaire pour la commission de certaines infractions. Elle ne permet cependant pas de nier l'existence de l'élément mental fondamental ou de l'intention générale.

Avant l'adoption du projet de loi C-127, les voies de fait simples[3], l'attentat à la pudeur[4] et le viol[5] étaient considérés uniquement comme des crimes d'intention générale. Etant donné le fait que la définition générale des voies de fait à l'article 244 du Code s'applique aux trois types d'infractions d'agression sexuelle, il semblerait logique qu'on les considère également comme des crimes d'intention générale.

La plupart des commentateurs[6] et des tribunaux souscrivent à cette opinion. Ils avancent que le seul élément mental requis est l'intention de commettre des voies de fait, c'est-à-dire, l'intention d'employer la force contre une autre personne sans son consentement[7]. Ce raisonnement suppose en corollaire que l'ivresse ne saurait être invoquée comme moyen de défense à une inculpation d'agression sexuelle.

Dans une décision récente, la Cour d'appel de l'Ontario a toutefois mis en doute cette affirmation. Dans l'arrêt R. c. Alderton, la Cour a, sans prétendre englober tous les cas, statué que l'agression sexuelle comprenait l'agression commise avec l'intention d'avoir des rapport sexuels avec la victime sans son consentement[8]. On pourrait donc, en invoquant l'arrêt Alderton, prétendre que l'intoxication constitue un moyen de défense à une accusation d'agression sexuelle en s'appuyant sur l'affirmation de la Cour d'appel suivant laquelle l'agression sexuelle pourrait comporter un élément mental secondaire, en l'occurrence, l'intention d'avoir des rapports sexuels.

Cette question a été soulevée dans l'affaire R. c. Bernard[9] qui a également été entendue par la Cour d'appel de l'Ontario. Bernard était accusé d'avoir infligé des lésions corporelles à l'occasion d'une agression sexuelle commise en violation de l'alinéa 246.2c). L'avocat de la défense a fait valoir qu'à la différence du viol, l'agression sexuelle constituait maintenant un crime d'intention spécifique étant donné que, suivant l'arrêt Alderton, il avait été commis aussi en vue d'avoir des rapports sexuels. Suivant l'avocat de la défense, son client devait donc pouvoir soulever l'intoxication comme moyen de défense.

La Cour a rejeté cet argument pour les motifs suivants :

> [TRADUCTION]
> A notre avis, l'arrêt Alderton ne signifie aucunement que l'ivresse constitue une défense à une accusation d'agression sexuelle ayant causé des lésions corporelles, ni que cette infraction en est une d'intention spécifique".

La Cour fondait en partie son analyse sur le fait que l'agression causant des lésions corporelles avait déjà été qualifiée par les tribunaux d'infraction d'intention générale pour laquelle la défense d'ivresse n'était pas recevable[11].

Étant donné que les voies de fait simples, l'attentat à la pudeur et le viol ont également été qualifiés par les tribunaux de crimes d'intention générale, rien ne permet de croire qu'on en arriverait à un résultat différent si la décision Alderton avait portée sur l'agression sexuelle en soi ou sur l'agression sexuelle grave.

Conclusion

Les observateurs et la majorité des tribunaux se sont jusqu'à maintenant dits d'avis que l'agression sexuelle, l'infliction de lésions corporelles, de même que éventuellement toutes les autres formes d'agression sexuelle constituent des infractions d'intention générale pour lesquelles la défense d'ivresse n'est pas recevable.

Étant donné qu'elle facilite les poursuites en vertu des articles 246.1, 246.2 et 246.3, cette thèse répond à l'objectif que s'est fixé le législateur en matière de protection de l'intégrité de la personne contre les actes sexuels non désirés. En outre, en exigeant la preuve d'un élément mental semblable à celui qui est retenu pour les autres infractions d'agression, les tenants de cette théorie donnent une interprétation qui est conforme à l'objectif suivant lequel l'accent doit être mis sur l'aspect violent des crimes sexuels.

RENVOIS

1 R. c. George, [1960] R.C.S. 871.

2 D. Watt, The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127, Toronto, Butterworths, 1984, p. 33; voir également : D.P.P. c. Morgan, [1976] A.C. 182 et R. c. George, supra, note 1.

3 R. c. George, supra, note 1.

4 Swietlinski c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 956.

5 R. c. Leary, [1978] 1 R.C.S. 29.

6 Watt, supra, note 2 aux p. 103, 112 et 121; C.L.M. Boyle, Sexual Assault, Toronto, Carswell, 1984, à la p. 89; S. Parker, "The 'New' Sexual Offences" (1983) 31 C.R. (3e) 317; Parker précise que l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne et l'infliction de lésions corporelles (art. 246.2), de même que l'agression sexuelle grave (art. 246.3) pourraient exiger la preuve d'une intention spécifique.

7 R. c. Chase [1984] 55 R.N.-B. (2e) 98, (C.A.N.-B.); R. c. Doré (1984), 12 W.C.B. 360 (Cour de comté C.-B.); R. c. Bigmore, [1984] B.C.D. Crim. Conv. 6108-03 (Cour de comté C.-B.); R. c. Gardynik (1985) 42 C.R. (3e) 362 (Cour prov. Ont.); R. c. Ramos (1985) 42 CR. (3e) 370; voir à la p. 3 du présent document sous la rubrique "Définition du terme 'sexuelle' aux articles 246.1, 246.2 et 246.3" pour une analyse plus détaillée de ces décisions.

8 Jugement non encore publié rendu le 31 janvier 1985 par la C.A. Ont.; voir également les commentaires de l'auteure sur la définition du terme "sexuelle" aux articles 246.1, 246.2 et 246.3 aux p. 3 à 22.

9 Décision non encore publiée rendue le 12 mars 1985 par la C.A. Ont.; suivant l'avocat de la défense, cette affaire fera l'objet d'une autorisation de pourvoi en C.S.C.

10 Ibid., à la p. 3.

11 D.P.P. c. Majewski [1976] 2 All E.R. 142.

II. QUESTIONS DE PREUVE ET DE PROCÉDURE

1. Conséquences de la suppression à l'article 246.4 de la nécessité de la corroboration à l'égard de certaines infractions sexuelles

L'article 246.4 abolit l'exigence de la corrobation à l'égard de certaines infractions sexuelles :

> 246.4 La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 150 (inceste), 157 (grossière indécence), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menace à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles) ou 246.3 (agression sexuelle grave). Le juge ne doit pas informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

Il importe également de souligner, pour les besoins de notre étude, que la loi C-127 a abrogé l'ancien paragraphe 139.1[1]. Cet article exigeait la corroboration dans le cas des infractions sexuelles suivantes : rapport sexuels avec une personne faible d'esprit, inceste, séduction d'une personne de sexe féminin de seize à dix-huit ans, séduction sous promesse de mariage, séduction de passagères et défloremement causés par le père, la mère ou le tuteur[2].

La raison d'être de ces modifications devient évidente dès qu'on analyse l'évolution des règles de droit relatives à la corroboration en matière d'infraction sexuelle.

Avant 1976, l'article 142 du Code criminel[3] obligeait le juge à informer le jury qu'il n'était pas prudent de déclarer le prévenu coupable sur le seul témoignage non corroboré de la victime de sexe féminin à l'égard des infractions suivantes : rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de moins de quartoze ans, rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de quatorze à seize ans, viol, tentative de viol et attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin. Cet article disposait que :

> 142. Nonobstant toute disposition de la présente loi ou de quelque autre loi du Parlement du Canada, lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 144, l'article 145, le paragraphe 146(1) ou (2) ou le paragraphe 149(1), le juge, si la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage, rendu sous serment, de la personne du sexe féminin à l'égard de qui il est allégué que l'infraction a été commise et si ce témoignage n'est pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu,

> doit informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer le prévenu coupable en l'absence d'une telle corrobation, mais que le jury a droit de déclarer le prévenu coupable s'il est convaincu, au-delà d'un doute raisonnable, que le témoignage de cette personne est véridique.

À la différence de l'article 142, le paragraphe 139(1) rendait la corroboration non seulement souhaitable mais obligatoire avant de pouvoir déclarer le prévenu coupable. Ces deux articles constituaient une dérogation à la règle générale de preuve qui voulait que le tribunal puisse se fonder sur le témoignage non corroboré d'un seul témoin[4].

Les tribunaux n'appliquaient la disposition impérative contenue à l'article 142 qu'aux témoignages des victimes de sexe féminin et ce, en dépit du fait que l'article 142 et son prédécesseur, l'article 134, étaient fondés sur une règle de pratique de **common law** exigeant la corrobation dans les poursuites relatives aux infractions d'ordre sexuel[5] sans égard au sexe de la victime[6].

L'article 142 a été abrogé en 1976[7]. Au début, certains se sont demandés si cela avait pour effet de remettre en vigueur l'ancienne règle de pratique de **common law** exigeant la corrobation en matière d'infractions sexuelles. Il fut finalement décidé que ce n'était pas le cas[8]. Quoi qu'il en soit soit, l'abrogation de l'article 142 n'a pas été interprétée comme enlevant aux juges leur pouvoir discrétionnaire de laisser entendre, dans leur exposé au jury, que celui-ci ne devait pas se fier aux témoignages non corroborés de la plaignante en matière d'infraction sexuelle :

> [TRADUCTION]
> L'abrogation n'a pas pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge du fond ni de le relever de l'obligation qui lui est faite, dans le cadre de ses observations sur la valeur à accorder au témoignage de la plaignante, de mettre en termes simples le jury en garde contre le danger de se fier uniquement au témoignage d'un seul témoin et de leur expliquer les raisons de la nécessité de cette mise en garde[9].

La présence de cette directive **obligatoire**, de même que l'exigence de la corroboration obligatoire prévue au paragraphe 139.1 avaient pour effet de perpétuer la méfiance des juges face aux témoignages des victimes de sexe féminin dans les affaires d'infractions sexuelles et ce, malgré l'abrogation de l'article 142. Cet effet était discriminatoire. En outre, étant donné qu'elles rendaient les condamnation plus difficiles, les règles en matière de pouvoirs discrétionnaires et de corroboration obligatoire limitaient indirectement le degré de protection accordé aux victimes éventuelles.

En adoptant l'article 246.4, le législateur s'est attaqué à certains de ces problèmes. En ce qui concerne les nouvelles infractions d'agression sexuelle énoncées aux articles 246.1, 246.2 et 246.3, et les infractions d'inceste et de grossière indécence, l'article 246.4 confirme qu'il n'est plus nécessaire de corroborer le témoignage du plaignant adulte pour obtenir une condamnation. Par ailleurs, l'article interdit expressément au juge d'avertir le jury du danger de condamner l'accusé en l'absence de corrobation.

Bien que l'article 246.4 n'exige pas la présentation de dépositions en corroboration, certains auteurs ont fait valoir que cet article n'interdit pas la présentation d'un témoignage autrement recevable du seul fait qu'il corrobore la déposition de la plaignante[10].

Cette argument trouve appui dans les décisions judiciaires les plus récentes qui ont porté sur l'interprétation de l'article 246.4. Dans la décision R. c. Barrett, l'inculpé était accusé sous cinq chefs d'avoir commis des agressions sexuelles sur la personne de plusieurs victimes. La cour a admis le témoignage de chaque plaignant pour appuyer la déposition des autres, tout en reconnaissant que la corroboration n'était pas nécessaire[11]. Dans la décision R. c. Mohr[12], le témoignage de la victime sur son état émotionnel après l'agression a été admis en preuve pour appuyer son allégation de non consentement, et ce en dépit de l'article 246.4. Pareillement, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré recevable le témoignage d'un expert médical pour corroborer les déclarations de la plaignante sur son état physique, tout en reconnaissant que cette corroboration n'était pas essentielle[13].

Les tribunaux aideront le législateur à atteindre les objectifs qu'il poursuit en matière de protection contre les relations sexuelles non désirées tant qu'ils continueront à recevoir en preuve ce genre de témoignage en vertu de l'article 246.4, sans souscrire à l'opinion qui veut qu'il soit imprudent, voire impossible, de déclarer le prévenu coupable si ce témoignage ne peut être entendu. On peut toutefois déplorer le fait que cela dépend en partie de la nature de l'exposé que le juge fait au jury au sujet de l'ensemble de la preuve. Jusqu'à maintenant, les juges ont exercé des pouvoirs discrétionnaires étendus dans ce domaine. En dépit de la limite apportée à ces pouvoirs au paragraphe 246.4, il est trop tôt pour juger si l'exercice de ce pouvoir favorisera les objectifs de la loi dans ce domaine litigieux.

Dans son ouvrage intitulé The New Offences Against the Person, Watt propose l'interprétation suivante de l'article 146.4 sur la question des limites qu'il impose au pouvoir discrétionnaire du juge :

> [TRADUCTION]
> L'article 246.4 prévoit expressément ce que le juge

> du procès ne doit pas dire au jury dans les cas visés par cette disposition mais est muet sur ce qu'il peut leur dire. Nous croyons qu'une méthode prudente consisterait à faire en sorte que le juge de première instance souligne au jury les faiblesses du témoignage de V [la victime], qu'il leur rafraîchisse la mémoire sur la nature et l'importance de ces faiblesses et leur rappelle les éléments de preuve qui appuient le témoignage de D [le défendeur][14].

La distinction est bien ténue entre le fait de formuler des observations sur les "faiblesses" du témoignage de la victime et celui d'informer le jury qu'il est souhaitable que ce témoignage soit corroboré. Ainsi donc, malgré les limites que l'article 246.4 apporte au pouvoir discrétionnaire des juges en cette matière, rien ne garantit que la méfiance traditionnelle manifestée envers le témoignage des victimes de sexe féminin ne continuera pas à avoir cours par le biais de l'exposé du juge. Cela risque d'annuler les effets positifs de l'article sur le plan de la suppression de la discrimination et de l'amélioration de la protection aux victimes potentielles.

La plupart des affaires qui ont porté sur l'article 246.4 se compliquent du fait que les victimes avaient moins de quatorze ans. Leurs témoignages étaient donc soumis à une série distincte de règles de corroboration distinctes applicables aux témoignages des enfants[15].

C'est la Cour de district de l'Ontario qui a entendu la seule affaire qui mettait en cause une victime adulte, en l'occurrence l'affaire R. c. Vokey (n° 2)[16]. Dans cette affaire, le juge a fait montre d'une grande réticence à déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration du témoignage de la victime et ce, même s'il n'a pas expressément déclaré qu'il était imprudent de condamner l'accusé sans corroboration. Dans cette affaire, le témoignage fait au sujet de l'état physique et émotif de la victime après l'agression reprochée avait permis d'établir les faits suivants : saignements vaginaux, aspect pâle et faible, pleurs, hystérie et déchirure sur la culotte de la victime. Le juge en vint à la conclusion que cette preuve pouvait indiquer que la victime avait perdu sa virginité contre son gré tout comme elle pouvait démontrer qu'elle l'avait perdue avec son consentement. Ce témoignage ne pouvait donc ni "appuyer" ni "confirmer" le témoignage de la femme[17]. Cela souleva un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé qui fut finalement acquitté. Pour rendre sa décision, le juge a été également influencé par le fait que la plaignante ne s'était pas enfuie après la perpétration de l'acte reproché et par [TRADUCTION] "l'absence de marques de violence ou d'emploi de force ..."[18] sur la personne de la victime ou sur celle de l'accusé.

L'affaire Vokey illustre la façon dont les vieux préjugés qui existent à l'encontre du témoignage des victimes de sexe

féminin risque de continuer à jouer un rôle par le biais du pouvoir discrétionnaire des juges et ce, en dépit des limites énoncées à l'article 246.4. Le raisonnement suivi dans l'affaire Vokey rappelle les décisions antérieures à l'adoption du projet de loi C-127, dans lesquelles les tribunaux affirmaient que la déposition apportée en corroboration devait impliquer sans équivoque l'accusé et ce, indépendamment du témoignage de la plaignante[19]. Le fait que les tribunaux continuent à appliquer l'ancien raisonnement en substituant les mots "confirmer" ou "appuyer" au terme "corroborer" signifie à toutes fins utiles que les modifications apportées à l'article 246.4 en matière d'infractions d'agression sexuelle et de grossière indécence ne sont que des modifications de pure forme.

Etant donné qu'elle émane d'une cour inférieure, il est peu probable que la décision Vokey soit suivie par les juges des juridictions supérieures. Il ne nous reste plus qu'à souhaiter que, dans leur exposé au jury sur l'ensemble de la preuve, les juges verront dans l'article 246.4 une volonté manifeste du législateur que le témoignage du plaignant soit considéré de la même façon que celui des victimes de tout autre crime violent.

En ce qui concerne l'infraction d'inceste, l'article 246.4 envisage une modification beaucoup plus fondamentale. Auparavant, cette infraction était assujettie aux exigences du paragraphe 139(1). Pour les infractions énumérées à cette disposition, la corroboration était non seulement souhaitable mais essentielle pour que l'accusé puisse être déclaré coupable. L'article 246.4 supprime cette exigence de corroboration.

Les jeunes sont souvent les victimes des infractions énumérées à l'article 246.4. Le lien existant entre cet article et les règles spéciales de corroboration applicables aux enfants nécessiteront donc un examen plus approfondi. Suivant la conception traditionnelle, les témoins âgés de moins de quatorze ans sont présumés inhabiles à témoigner sous serment. Leur aptitude à comprendre l'obligation morale de dire la vérité[20] est par conséquent vérifiée en présence du jury dans le cadre d'un **voir-dire**. S'ils sont jugés aptes à témoigner à l'issue de cet examen, ils peuvent témoigner sous serment. Une règle de pratique entre cependant alors en jeu qui exige du juge qu'il mette le jury en garde contre le danger de condamner l'accusé sans corroboration[21].

Si, par contre, l'enfant est jugé inhabile à témoigner, les paragraphes 16(1) et 16(2) de la Loi sur la preuve au Canada et l'article 586 du Code criminel s'appliquent :

> 586. Personne ne doit être déclaré coupable d'une infraction sur le témoignage d'un enfant non rendu sous serment, à moins que le témoignage de l'enfant ne soit corroboré sur un point important par une preuve impliquant l'accusé.

> 16(1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.
>
> (2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.[22]

La loi C-127 n'a pas abrogé ces articles.

Deux problèmes majeurs se posent lorsque l'on rapproche ces règles législatives et de **common law** relatives aux témoignages des enfants avec l'article 246.4. En premier lieu, si un enfant de moins de quatorze ans témoigne sous serment, l'article 246.4 abolit-il la règle jurisprudentielle qui oblige le juge à avertir le jury du danger de condamner l'accusé sans corroboration? En deuxième lieu, si le juge reçoit, conformément au paragraphe 16(1) de la Loi sur la preuve au Canada, le témoignage hors serment d'un enfant, la corroboration demeure-t-elle obligatoire suivant le paragraphe 16(2) de la loi et l'article 586 du Code?

Les jugements rendus depuis l'adoption de l'article 246.4 laissent entrevoir que la mise en garde demeure nécessaire lorsque l'enfant témoigne sous serment. Dans la décision R. c. Breckinridge[23], le prévenu était accusé d'avoir eu des relations sexuelles avec un enfant de moins de quatorze ans. Il était accusé d'agression sexuelle en vertu de l'article 246.1. En raison du témoignage de l'expert médical, le juge était persuadé que la victime avait été agressée sexuellement[24]. Il s'agissait seulement de savoir si l'acte avait été commis par Breckinridge ou par quelqu'un d'autre. Le seul témoignage entendu sur cette question précise était celui de l'enfant.

Le juge a statué qu'en dépit du fait que la corroboration n'était pas requise, il devait tenir compte des "faiblesses" des témoignages donnés par les enfants en bas âge[25]. Pour justifier l'existence de cette obligation, le juge s'est appuyé sur deux décisions rendues avant l'adoption du projet de loi C-127, les arrêts Horsburgh c. La Reine et Kendall c. La Reine[26]. Suivant ces décisions :

> [TRADUCTION]
> Cette règle repose ... sur le manque de maturité intellectuelle de l'enfant. Ce problème concerne quatre aspects : 1. La capacité d'observation de

> l'enfant; 2. sa mémoire; 3. sa capacité de comprendre les questions posées et d'y répondre de façon intelligente; 4. sa responsabilité morale[27].

Sans mentionner directement l'article 246.4, la cour a, dans l'affaire Breckinridge, appliqué ce raisonnement pour déclarer l'accusé non coupable.

La cour en est arrivée à une décision semblable dans la décision R. c. Bird[28]. Dans cette affaire, Bird était également accusé d'avoir commis une agression sexuelle en violation de l'article 246.1. La victime était une jeune fille de 10 ans. La cour en vint à la conclusion que le témoignage de la victime et celui de l'accusé étaient en totale contradiction. La jeune fille soutenait que le prévenu avait introduit le doigt dans son vagin alors que ce dernier niait que l'incident ait eu lieu. Exception faite du témoignage de l'enfant, il n'y avait aucune preuve directe qui impliquait l'accusé.

S'appuyant sur l'arrêt Horsburgh, le juge s'est penché sur la question de la faiblesse inhérente aux dépositions des enfants :

> [TRADUCTION]
> Le témoignage de l'enfant est, tout comme celui de n'importe quel témoin, susceptible de comporter certaines faiblesses, même si l'enfant en bas âge a prêté serment avant de témoigner. Il faut apprécier la déposition de tout témoin, qu'il s'agisse d'un enfant en bas âge ou d'un adulte assermenté, en fonction de la capacité du témoin à observer les événements et à en garder le souvenir, de son niveau général d'intelligence, de sa capacité à comprendre les questions et d'y répondre de façon intelligente[29].

À cause de la "faiblesse" du témoignage de l'enfant, le juge avait un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé et l'acquitta.

Dans la décision R. c. Barrett[30], la Cour provinciale de l'Ontario a adopté un raisonnement analogue à celui qui avait été suivi dans les jugements Breckinridge et Bird et ce, malgré le fait que des témoignages avaient été présentés en corroboration et que la Cour a finalement déclaré l'accusé coupable. Dans cette affaire, le prévenu était accusé sous cinq chefs d'avoir agressé sexuellement quatre filles âgées de 10 à 13 ans. Les victimes témoignèrent sous serment. Tout en reconnaissant qu'aux termes de l'article 246.4, la corroboration n'était pas nécessaire, la Cour a soulevé la question de la faiblesse du témoignage des enfants en s'inspirant du raisonnement formulé par le tribunal dans l'affaire Horsburgh[31]. Cependant, étant donné que le témoignage de chaque jeune fille était corroboré sur tous les points essentiels par la déposition des autres filles, Barrett a été condamné en dépit des "faiblesses" des témoignages qui l'impliquaient.

Il ressort de ces décisions que, en ce qui concerne le témoignage donné sous serment par des victimes en bas âge, les tribunaux tiennent encore compte du danger de condamner sans corroboration et qu'ils continuent à faire ressortir les faiblesses de ce genre de témoignage en dépit du libellé de l'article 246.4.

Watt souscrit à cette thèse. Il fait valoir que la mise en garde demeure nécessaire, non en raison du caractère sexuel de l'agression mais de l'immaturité affective du témoin[32]. Bien qu'il puisse se justifier par le libellé de l'article 246.4 qui ne fait aucune mention des témoignages des enfants, ce raisonnement ne tient pas compte des preuves empiriques qui tendent à démontrer que les idées reçues en ce qui concerne la véracité de la capacité de souvenir des témoins en bas âge ne sont pas fondées[33].

À la différence de Watt, Boyle donne une interprétation plus large de l'article 246.4 et soutient que cette disposition abolit toute exigence de mise en garde à l'égard des témoignages donnés sous serment par des enfants[34]. Cette affirmation s'accorde sans aucun doute beaucoup mieux avec les preuves empiriques. Si les décisions Barrett, Breckinridge et Bird sont suivies, il est toutefois douteux qu'une interprétation aussi large soit retenue.

Les tribunaux n'ont pas encore précisé le rapport qui existe entre la nécessité de corroborer le témoignage d'enfants non rendus sous serment prévue à la loi et l'article 246.4. Suivant Watt, le nouvel article n'a pas pour effet de primer sur les anciennes dispositions et d'abolir la nécessité de la corroboration dans les cas d'agression sexuelle, de grossière indécence et d'inceste mettant en cause des enfants en bas âge. À son avis,

> [TRADUCTION]
> Prétendre que les dispositions de l'article 246.4 ne sont pas assujetties au paragraphe 16(2) de la **Loi sur la preuve au Canada** revient à dire que le paragraphe 16(2) a été abrogé dans la même mesure, et ce, en dépit de l'absence de toute clause nonobstant applicable à ces dispositions et de toute intention manifeste du législateur à cet effet[35].

Pour sa part, Boyle prétend que les articles 156 du Code et 16 de la Loi sur la preuve au Canada sont assujettis à l'article 246.4, ce qui abolirait l'exigence de la corroboration dans les cas visés par l'article 246.4[36]. Boyle fait reposer son analyse sur certains principes d'interprétation législative suivant lesquels, en cas d'incompatibilité entre les deux lois, la plus récente doit être interprétée comme abrogeant implicitement la plus ancienne[37]. Au surplus, l'article 246.4 doit l'emporter

étant donné qu'il est plus précis que les autres dispositions de portée plus générale. Boyle soutient que l'abrogation de l'article 139 appuie cette interprétation et que cette modification démontre que le législateur avait l'intention de supprimer de façon générale la nécessité de la corroboration à l'égard des infractions mettant souvent en cause des enfants.

Les arguments de Boyle sont convaincants. Malheureusement, même si les décisions Barrett, Bird et Breckinridge proposent des solutions à la question, les tribunaux semblent hésiter à s'écarter des idées reçues en ce qui concerne le manque de fiabilité des témoignages des enfants en l'absence de directives législatives plus claires que celles qu'énonce l'article 246.4.

Conclusion

En ce qui concerne les victimes adultes, l'adoption de l'article 246.4 et l'abrogation de l'article 139 semblent s'accorder avec les objectifs de la loi. Les modifications ont permis de corriger en partie la discrimination que les anciennes règles en matière de corroboration établissaient principalement à l'égard des victimes de sexe féminin. En supprimant un obstacle injustifié en matière de preuve et en rendant plus faciles les condamnations, les modifications accordent une plus grande protection contre les actes sexuels non désirés. Finalement, en traitant la victime d'une agression sexuelle plus comme la victime d'une agression violente contre la personne - du moins sur le plan de la preuve - les modifications mettent à bon droit l'accent sur l'aspect violent des agressions sexuelles.

Vu la pénurie actuelle de décisions portant sur les dispositions de l'article 246.4 par rapport aux victimes adultes, il est difficile de savoir si les tribunaux donneront une interprétation de cet article qui s'accorde avec les objectifs susmentionnés. Dans la seule affaire que nous ayons analysée dans la présente étude, en l'occurrence la décision R. c. Vokey, la Cour de district de l'Ontario a fait montre d'une réticence marquée à condamner l'accusé en l'absence de témoignage présenté en corroboration et ce, en dépit du libellé de l'article 246.4. Les juges des tribunaux supérieurs ne se considéreront pas liés par la décision Vokey. Quoi qu'il en soit, ce jugement démontre que la méfiance dont ont jusqu'à maintenant fait preuve les tribunaux face aux témoignages des plaignantes risque de se perpétuer en dépit des modifications de 1983.

Certains observateurs ont laissé entendre que l'article 246.4 n'empêcherait pas nécessairement les juges de souligner les faiblesses du témoignage de la victime dans leur exposé au jury. Les objectifs poursuivis par le législateur risquent de ne pas être atteints dans ce domaine litigieux si les juges ne voient pas dans l'article 246.4 une invitation claire à accorder au témoignage de la victime la même valeur que celui de toute autre victime d'une agression.

L'interprétation que les tribunaux ont donné de l'article 246.4 en ce qui concerne le témoignage des victimes de moins de quatorze ans limite également la réalisation des objectifs de la loi. Les idées reçues en ce qui concerne le manque de fiabilité de ce genre de témoignage subsistent toujours. En ce qui concerne le témoignage rendu sous serment, les tribunaux inférieurs en sont venus à la conclusion, dans les décisions Bird, Barrett et Breckinridge, que les juges avaient toujours le devoir de tenir compte ou d'inviter le juge des faits à tenir compte des faiblesses inhérentes aux dépositions des enfants. Selon Watt, cette conception repose non pas sur le caractère sexuel de l'agression mais sur l'immaturité intellectuelle de la victime.

En ce qui concerne les témoignages d'enfants en bas âge non rendus sous serment, l'article 246.4 ne règle pas la question du conflit qui semble exister entre ses dispositions et celles de l'article 16 de la Loi sur la preuve au Canada et de l'article 156 du Code. Les tribunaux n'ont pas encore réglé cette question et les observateurs ne s'entendent pas sur l'interprétation qu'il convient de donner à ces articles. Watt soutient que l'article 246.4 doit céder le pas devant les anciennes dispositions, alors que, pour sa part, Boyle prétend que l'article 246.4 a préséance sur les anciennes dispositions et qu'il abolit la nécessité de la corroboration dans le cas des témoignages d'enfants non rendus sous serment qui relèvent de la disposition de 1983.

Le fait que les tribunaux continuent, malgré l'adoption de l'article 246.4, à appliquer les règles traditionnelles en matière de corroboration des témoignages des victimes en bas âge rendus ou non sous serment pose de nombreux problèmes. Compte tenu du fait que les agressions sexuelles mettant en cause des enfants ont souvent lieu en privé38, l'application de règles de corroboration strictes restreint inutilement la protection accordée aux enfants contre les actes sexuels. Par ailleurs, le fait que les tribunaux continuent à souscrire à l'idée que la capacité d'observation des enfants et leur mémoire sont foncièrement sujets à caution et que les anciennes règles reposent39 sur cette idée et la perpétuent contribue indirectement au harcèlement des victimes en bas âge devant les tribunaux et risque de les traumatiser. Cela risque également de les faire hésiter à témoigner et à les décourager de porter plainte.

Il n'est plus possible de justifier de façon empirique les principes que sous-tendent les règles traditionnelles de corroboration applicables aux enfants. Suivant le comité Badgley, la façon dont certains généralisent les idées reçues à propos de la capacité d'observation et de la mémoire limitées des enfants en bas âge ne sont pas fondées; celles-ci varieraient d'un enfant à l'autre tout comme dans le cas des adultes40. Dans les affaires qui ont porté sur les dispositions de l'article 246.4 applicables aux victimes en bas âge, les tribunaux n'ont pas tenu compte de ces conclusions empiriques.

Nous croyons qu'en ce qui concerne les enfants, on pourrait mieux atteindre les objectifs de la loi en assouplissant de façon générale les règles spéciales de corroboration en matière de dépositions d'enfants[41]. Une solution consisterait à formuler à l'intention des juges une directive législative plus précise que celle qu'on retrouve à l'article 246.4. Cette directive pourrait préciser que le témoignage de la victime en bas âge reçu sous serment doit être traité de la même façon que celui d'un témoin adulte. Par conséquent, les juges ne formuleraient pas automatiquement de commentaires sur la faiblesse de ce genre de témoignage du simple fait de l'âge du témoin. Ils pourraient toutefois faire des observations fondées sur une évaluation de la capacité d'observation et de la mémoire de l'enfant en bas âge en cause.

En ce qui concerne les témoignages rendus par des victimes en bas âge qui n'ont pas prêté serment, le législateur voudra peut-être étudier la recommandation formulée par le comité Badgley au sujet de l'abrogation de l'article 586 du Code criminel du paragraphe 16(2) de la Loi sur la preuve au Canada, du paragraphe 61(2) de la Loi sur les jeunes contrevenants et des articles correspondants des lois provinciales sur la preuve qui exigent la corroboration à l'égard des témoignages non rendus sous serment des témoins en bas âge[42]. En plus de faciliter les poursuites, cette mesure dissiperait tout doute au sujet de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 246.4 par rapport aux autres dispositions législatives exigeant la corroboration.

RENVOIS

1 Abrogé par S.C. 1980-1981-1982, chap. 125, art. 5. La présente étude porte surtout sur l'abrogation de l'exigence de la corroboration à l'égard des nouvelles infractions d'agression sexuelle créées par le projet de loi C-127. Nous ne prétendons pas fournir une analyse détaillée de la corroboration à l'égard de toutes les infractions sexuelles énumérées à l'ancien paragraphe 139(1), qui mettaient pour la plupart en cause des victimes en bas âge.

Beaucoup des grandes questions qui concernent l'exploitation sexuelle des jeunes sont demeurées sans réponse malgré l'adoption du projet de loi C-127; il faudra attendre que des recherches plus approfondies soient menées et que le public fasse connaître ses vues. Le Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le Comité Badgley) s'est attaqué à cette tâche. Dans le rapport qu'il a publié, ce comité a procédé à une analyse distincte de la loi. Voir : "Ottawa Looks at New Law on Molesting: Evidence Rules Would Validate Testimony by Abused Children," Toronto Globe and Mail, 20 juin 1985, p. 1.

2 Le projet de loi C-127 a également abrogé l'infraction de rapports sexuels avec une personne faible d'esprit (S.C. 1980-1981-1982, chap. 125, art. 8; au début, les modifications contenues au projet de loi C-123 devaient abolir toutes les autres infractions énumérées au paragraphe 139(1), exception faite de l'inceste.

3 Abrogé par S.C. 1974-1975-197, chap. 93, art. 8.

4 Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, Cowansville, les Éditions Yvons Blais Inc., 1983, p. 403.

5 Ibid., à la p. 404.

6 C. Backhouse et L. Schoenroth, "A Comparative Study of Canadian and American Rape Law" (1984), 7 Can. U.S. L.J. 172.

7 S.C. 1974-1975-1976, chap. 93, art. 8.

8 R. c. Camp (1977) 36 C.C.C. (2e) 511 (C.A. Ont.); R. c. Firkins (1977) 37 C.C.C. (2e) 226 (C.A.C.-B.).

9 R. c. Camp, supra, note 8, à la p. 521.

10 D. Watt, The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127, Toronto, Butterworths, 1984, p. 176.

11 (1984) 13 W.C.B. 96 (Cour prov. Ont.) à la p. 19 (motifs intégraux du jugement).

12 [1984] B.C.D. Crim. Conv. 1608-02 (C.S.B.-C.) à la p. 4 (motifs intégraux du jugement).

13 (1984) 55 R.N.-B. (2e) 97 (C.A.N.-B.), à la p. 99, autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. accordée. En dépit du fait qu'elle a déclaré recevable cet élément de preuve, la Cour a seulement reconnu l'accusé coupable de voies de faits simples.

14 Watt, supra, note 10.

15 Article 586 du Code criminel; Loi sur la preuve au Canada S.R.C. 1970 chap. E-10, art. 16; Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-1981-1982-1983, chap. 110 et articles correspondants de lois provinciales sur la preuve.

16 R. c. Vokey (n° 2) (1984) 13 W.C.B. 119 (Cour dist. Ont.) Je tiens pour acquis que la victime avait plus de 14 ans étant donné que la question de son aptitude à prêter serment n'a pas été soulevée et que le juge ne s'est pas arrêté sur la question de la faiblesse de son témoignage.

17 Ibid. à la p. 2 (motifs intégraux du jugement).

18 Ibid.

19 Backhouse et Schoenroth, supra, note 6 à la p. 201; Groupe de travail, supra, note 4 à la p. 405.

20 C.L.M. Boyle, Sexual Assault, Toronto, Carswell, 1984, p. 159.

21 Ibid., à la p. 161; voir également : Horsburgh c. La Reine [1967] R.S.C. 746; Kendall c. La Reine [1962] R.C.S. 469.

22 Le paragraphe 61(2) de la loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-1981-1982-1983, chap. 110 et les articles correspondants des lois provinciales sur la preuve s'appliquent également.

23 (1984) 13 W.C.B. 14 (Cour dist. Ont.).

24 Ibid., à la p. 1 (motifs intégraux du jugement).

25 Ibid., à la p. 2 (motifs intégraux du jugement).

26 Supra, note 21.

27 R. c. Kendall, supra, note 21, à la p. 473.

28 (1984) 13 W.C.B. 168 (Cour comté Ont.).

29 Ibid., aux p. 4 et 5 (motifs intégraux du jugement).

30 (1984) 13 W.C.B. 96 (Cour prov. Ont.).

31 Ibid., à la p. 16 (motifs intégraux du jugement).

32 Watt, supra, note 10, à la p. 175.

33 Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le Rapport Badgley), vol. I, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984, p. 67.

34 Boyle, supra, note 20 à la p. 162. Boyle précise toutefois qu'il n'est pas clair si l'article 246.4 abolit cette règle de pratique à l'égard des victimes en bas âge seulement ou à l'égard de tous les témoins en bas âge.

35 Watt, supra, note 10, à la p. 175.

36 Boyle, supra, note 20, à la p. 162.

37 Voir : E. A. Driedger, The Construction of Statutes, Toronto, Butterworths, 1974, p. 174.

38 Rapport Badgley, supra, note 33.

39 Horsburgh c. La Reine et Kendall c. La Reine, supra, note 21.

40 Rapport Badgley, supra, note 33.

41 Le ministère de la Justice fédéral envisage effectivement d'apporter ces modifications. Voir : Toronto Globe and Mail, supram note 1.

42 Rapport Badgley, supra, note 33, à la p. 69.

2. Conséquences de l'abolition des règles relatives à la plainte spontanée en matière d'agression sexuelle

La loi C-127 a aboli, à son article 246.5, les règles de **common law** relatives à la plainte spontanée :

> 246.5 Sont abolies, dans les cas d'agression sexuelle, les règles de preuve qui concernent la plainte spontanée.

Pour comprendre la portée de cet article, il convient de faire un survol historique des règles relatives à la plainte spontanée.

Cette théorie est devenue avec le temps une exception à la règle générale de preuve qui exclut les déclarations extra-judiciaires des témoins compatibles avec leur témoignage judiciaire. Cette règle d'exclusion s'appelait la règle d'exclusion des déclarations narratives ou intéressées.

La raison d'être de cette règle d'exclusion était que la preuve de ces déclarations est superflue étant donné qu'il n'y avait, en pareil cas, aucune raison de mettre la crédibilité du témoin en doute. On prétendait également que cette preuve retarderait inutilement le déroulement du procès en raison des questions accessoires qui seraient soulevées. Dans un système accusatoire qui repose principalement sur le témoignage oral, la réception des déclarations antérieures compatibles était jugée inadéquate. On estimait également que ce genre de preuve n'était pas digne de foi étant donné le risque de fabrication[1].

Les cas suivants faisaient exception à la règle d'exclusion des déclarations narratives :

a) témoignage sur l'identification antérieure du prévenu par un témoin oculaire;
b) déclaration visant à défendre la crédibilité d'un témoin contre une allégation de fabrication récente de preuve;
c) déclaration admise comme faisant partie des **res gestae**[2].

Les déclarations antérieures compatibles tombant sous le coup des exceptions a) et b) et des règles relatives à la plainte spontanée étaient recevables uniquement pour appuyer la crédibilité du témoin et non pour établir la véracité d'un fait en litige. En revanche, les déclarations qui faisaient partie des **res gestea** étaient recevables pour établir la vérité de leurs assertions.

À l'origine, l'exception de la plainte spontanée à la règle d'exclusion des déclarations narratives s'appliquait dans les poursuites pour infractions sexuelles et dans les procédures matrimoniales où la cruauté était alléguée3. Cette exception

reposait sur la crainte que de fausses accusations soient portées en matière de viol et sur l'idée que la femme violée "de moeurs réellement irréprochables" porterait plainte à la première occasion raisonnable. Cette théorie provenait de l'ancienne règle de **common law** suivant laquelle une poursuite pour viol devait d'abord faire l'objet d'une "clameur publique"[5].

La théorie de la plainte spontanée comporte, suivant la conception traditionnelle, deux aspects. Le premier concerne la nature de la preuve et sa recevabilité. Le deuxième a trait aux déductions que pouvait tirer le juge des faits en l'absence de preuve qu'une plainte avait été portée. Avant de déclarer recevable une plainte, les conditions suivantes devaient être réunies :

> 1. La victime devait avoir fait une déclaration qui, si elle était jugée véridique par le juge des faits, aurait pour effet de repousser la déduction défavorable que le juge aurait pu autrement tirer en ce qui concerne la crédibilité de la victime;
>
> 2. La plainte devait être spontanée et ne pas avoir été provoquée par des questions suggestives ou intimidantes;
>
> 3. La plainte devait avoir été faite à la première occasion raisonnable qui s'était présentée après l'infraction[6].

Le juge déterminait si ces conditions préalables à la recevabilité de la plainte étaient réunies, dans le cadre d'un **voir-dire** qui avait lieu en l'absence du jury.

Si la plainte était jugée recevable, le deuxième aspect de la règle entrait en jeu et obligeait le juge à informer le jury que le contenu de la plainte ne pouvait être utilisé que pour renforcer la crédibilité de la victime et pour en établir la compatibilité avec son témoignage[7].

Par contre, si la plainte était jugée irrecevable, le juge devait inviter le jury à tirer une déduction défavorable quant à la crédibilité de la victime[8].

Le jury pouvait donc tirer une déduction défavorable dans deux cas : si la victime demeurait silencieuse ou si elle avait fait une plainte qui était compatible avec sa déposition au procès mais qui ne répondait aux conditions préalables à sa recevabilité. Dans ce dernier cas, les tribunaux ne s'entendaient pas sur la question de savoir s'il fallait permettre à la plaignante d'expliquer les raisons pour lesquelles elle n'avait pas porté plainte dans un délai "raisonnable"[9].

En réalité, les règles de la plainte spontanée avaient alors pour effet de faire peser dans tous les cas sur les victimes d'agression sexuelle une allégation de fabrication

récente de preuve. Suivant Boyle [TRADUCTION] "la présentation de la plainte n'a pas pour effet d'appuyer la crédibilité de la victime mais de repousser la présomption fort négative de mensonge qui s'attachait autrement à son témoignage"10.

Comme exception à la règle d'exclusion des déclarations narratives, la théorie de la plainte spontanée ne tenait pas compte de l'hésitation des victimes de viol à porter plainte en raison des sentiments de gêne ou d'humiliation ou de leur inquiétude légitime sur la nature de l'enquête policière en cette matière11. Par ailleurs, le fondement de cette règle d'exclusion, à savoir la crainte que de fausses accusations soient portées en matière sexuelle, n'a pas été établi de façon empirique12.

Par le fardeau injustifiable qu'elles faisaient peser sur la victime, les règles de la plainte spontanée contribuaient indirectement au harcèlement de la victime devant le tribunal. Par ailleurs, étant donné qu'elles visaient d'abord et avant tout les femmes, ces règles étaient discriminatoires. Leur abolition par l'adoption de l'article 246.5 semble donc s'accorder avec les objectifs du législateur dans ce domaine.

Malheureusement, cet article laisse sans réponse certaines questions importantes qui subsistent quant au rapport entre l'abolition des règles relatives à la plainte spontanée et l'application des autres exceptions connexes à la règle d'exclusion des déclarations narratives en matière d'agression sexuelle. Par ailleurs, on ne sait pas trop si cet article doit s'appliquer aux deux aspects de la théorie de la plainte spontanée. Ces questions ont été soulevées récemment dans la jurisprudence.

Dans la décision R. c. Colp, la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse a examiné le lien qui existait entre l'exception des **res gestae** à la règle d'exclusion des déclarations narratives et l'article 246.513. La Cour a statué que même s'il libérait la Couronne de l'obligation de présenter une preuve de plainte spontanée, cet article ne lui enlevait pas le droit de présenter une plainte de sa propre initiative. Dans cette affaire, la Cour a invoqué l'exception des **res gestae** pour admettre la plainte en preuve. Suivant la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse, étant donné que, en l'espèce, elle avait été faite à la première occasion raisonnable après l'agression, la plainte faisait partie des **res gestae** et était par conséquent recevable. Si la plainte avait été liée intimement à l'agression au point d'en constituer [TRADUCTION] "une réaction spontanée", elle aurait également été admissible suivant l'exception des **res gestae** 14.

En plus de déclarer que la plainte était recevable en vertu de l'exception des **res gestae**, la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse a également statué que, suivant les règles générales de preuve, la poursuite pouvait produire la plainte en preuve pour réfuter une allégation de fabrication récente de preuve soulevée par la défense à l'encontre de la plaignante.

La cour en est arrivée à une décision semblable dans la décision R. c. Page[15]. Dans cette affaire, la Haute Cour de l'Ontario n'a toutefois pas appliqué le critère de la première occasion raisonnable énoncé dans la décision Colp pour déterminer ce qui faisait partie des **res gestae**. La Cour en est plutôt venue à la conclusion que, pour tomber sous le coup de cette exception à la règle d'exclusion des déclarations narratives, la plainte devait constituer une [TRADUCTION] "exclamation spontanée"[16].

Tout en donnant une portée plus étroite à l'exception des **res gestae**, la Haute Cour de l'Ontario a néanmoins déclaré, à l'instar de la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire Colp, que la plainte était également recevable pour réfuter une allégation de fabrication récente de preuve. À cet égard, dans la décision Page, la Cour a précisé qu'en dépit de l'article 246.5, la défense conservait son droit de contre-interroger la plaignante sur son défaut de porter plainte. En outre, la Cour a statué que même si le juge n'était plus tenu d'informer le jury qu'il pouvait tirer une déduction défavorable quant à la crédibilité de la plaignante en raison de son défaut de porter plainte, l'avocat de la défense était libre d'inviter le jury à tirer cette déduction défavorable.

La Cour a également statué que, même si le contenu de la plainte n'était pas admissible en vertu de l'une ou l'autre des autres exceptions à la règle d'exclusion des déclarations narratives, la preuve du **fait qu'elle avait été effectivement portée** n'allait pas à l'encontre de l'article 246.5 et était par conséquent admissible.

À la différence de la décision Page, la décision Colp ne contient aucune déclaration explicite de la cour au sujet du droit de l'avocat de la défense de contre-interroger le témoin ou de formuler des observations à l'intention du jury sur le fait que la victime n'a pas porté plainte. Quoi qu'il en soit, la reconnaissance de ces droits découle logiquement des observations formulées par la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse suivant laquelle la défense peut alléguer une fabrication récente de preuve de la part de la victime, vraisemblablement en invoquant le fait qu'elle a gardé silence lorsqu'elle aurait normalement dû porter plainte[17].

Il ne fait aucun doute que la façon dont le tribunal a appliqué les exceptions des **res gestae** et de la fabrication récente de preuve à la règle d'exclusion des déclarations narratives dans les décisions Colp et Page constitue un retour aux pratiques traditionnellement associées avec les règles relatives à la plainte spontanée.

Dans les deux autres décisions publiées qui ont porté sur l'interprétation de l'article 246.5, les tribunaux en sont venus à des conclusions assez différentes. Dans R. c. Temple, une décision entendue par la Cour de comté de l'Ontario avant la décision Page, la Cour en est venue à la conclusion que l'article 246.5 excluait non seulement les déclarations faites par le

témoin sous forme de plainte, mais également les éléments de preuve relatifs à son comportement après l'agression[18]. Fait encore plus significatif, la Cour a soutenu que l'article empêchait l'avocat de la défense de procéder à un contre-interrogatoire relativement à l'absence de plainte spontanée. Le juge a fait reposer son interprétation sur l'utilisation du mot "règles" à l'article 246.5 :

> [TRADUCTION]
> "... l'intention du législateur est claire. En premier lieu, j'aimerais faire remarquer que le mot 'règles' est au pluriel. En deuxième lieu, l'article ne dit pas que 'les règles relatives à la recevabilité de la plainte spontanée sont abolies' ce qui limiterait le champ d'application de l'article à la plainte elle-même. Sa portée est beaucoup plus large **et vise ce domaine du droit de la preuve qu'on appelle en abrégé les règles relatives à la plainte spontanée et qui s'y rapporte.**
>
> Avant que cette modification ne soit adoptée, le ministère public pouvait, lorsque la crédibilité de la plaignante était en cause, déposer en preuve la plainte spontanée pour démontrer la compatibilité de son comportement avec son témoignage à l'audience. En revanche, si la victime n'avait pas fait de plainte spontanée, l'avocat de la défense pouvait soulever ce fait en contre-interrogatoire pour attaquer la crédibilité de la plaignante et de laisser entendre qu'elle avait consenti à l'acte reproché. Ces deux règles concernent la preuve de la plainte spontanée et sont, à mon avis, désormais irrecevables[19]. [Les caractères gras sont de l'auteure.]

Malheureusement, le juge ne dit pas clairement si ces restrictions au contre-interrogatoire s'étendraient aux cas où la défense prétendait qu'il y avait eu fabrication récente de preuve. Il ne fait aucun doute que le recours à cette technique pour attaquer la crédibilité de la plaignante "se rapporte" aux règles relatives à la plainte spontanée. D'autre part, en mettant l'accent sur l'utilisation du pluriel au mot "règles" à l'article 246.5, il se peut que le juge se soit attaché uniquement aux deux aspects de la théorie de la plainte spontanée dont nous avons fait état plus haut[20].

Dans la décision Temple, la cour ne fait aucunement allusion à l'utilisation possible de l'exception des **res gestae** à la règle d'exclusion des déclarations narratives permettant de présenter une plainte en preuve en matière sexuelle[21].

Une décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique contredit la décision Temple sur la question de la recevabilité, en vertu de l'article 246.5, des preuves portant sur l'état émotif de la plaignante immédiatement après l'agression. Dans l'arrêt R. c. Mohr[22], la Cour a statué que l'article 246.5 empêchait le ministère public de déposer en preuve les déclarations faites par la plaignante à d'autres

personnes. Suivant la Cour, l'article n'empêche cependant pas la présentation d'éléments de preuve qui concernent directement la conduite de la plaignante après l'agression.

Conclusion

De prime abord, l'article 246.5 semble favoriser la protection des plaignants contre le harcèlement à l'audience et atténuer les effets discriminatoires des règles relatives à la plainte spontanée. Par ailleurs, en étendant l'application des règles générales de preuve aux affaires d'agression sexuelle, cet article s'accorde avec l'objectif suivant lequel il faut surtout s'attacher à l'aspect violent de ce genre d'agression[23].

Le fait que l'article 246.5 ne vise que les règles relatives à la plainte spontanée et ne précise pas ce qui en est des autres exceptions à la règle d'exclusion des déclarations narratives soulève cependant certains problèmes.

Dans la décision la plus importante rendue jusqu'à maintenant sur l'article 246.5[24], le tribunal laisse entrevoir que cet article n'empêcherait pas l'avocat de la défense d'attaquer la crédibilité de la victime en alléguant la fabrication récente de preuve. Le motif le plus probable qui sera invoqué à l'appui de cette allégation est le fait que la victime n'a rien dit au moment où il aurait été normal qu'elle parle[25]. Parmi les autres motifs le plus souvent invoqués à l'appui d'une allégation de fabrication récente de preuve, on note les accusations de parti pris, d'intérêt ou de subornation. Ces motifs ne trouveraient toutefois pas application dans le cadre d'une poursuite pour agression sexuelle.

À notre avis, l'application de cette règle de preuve en matière d'agression sexuelle va à l'encontre de l'objectif de l'article 246.5. La présomption traditionnelle qui veut que la femme de moeurs irréprochables porte plainte à la première occasion qui s'offre continue de jouer contre les plaignantes qui ont tardé à porter plainte pour protéger leur vie privée ou en raison de sentiments de honte[26]. Suivant la stratégie particulière qu'adoptera l'avocat de la défense, les plaignants pourraient se retrouver, dans les affaires d'agression sexuelle, dans la même position où ils étaient sous le régime des règles relatives à la plainte spontanée.

En théorie, l'article 246.5 traite le plaignant sur le même pied que la victime de tout autre genre d'agression. En pratique toutefois, cet article pourrait encore donner lieu au harcèlement des victimes à l'audience et à l'adoption de présomptions particulièrement négatives à l'égard de la crédibilité de la victime, alors que les victimes d'autres crimes violents n'ont pas à en souffrir.

Etant donné le nombre limité de décisions de tribunaux supérieurs ayant porté sur l'article 246.5, une autre interprétation avancée par certains commentateurs[27] pourrait

encore être défendue devant les tribunaux. De façon générale, les défenseurs de cette thèse soutiennent que les questions formulées par l'avocat de la défense sur l'absence de plainte ou sur le retard de la victime à porter plainte ne sont pas pertinentes, étant donné que par suite de l'adoption de l'article 246.5 elles ont perdu toute raison d'être et toute valeur.

> [TRADUCTION]
> ...les tribunaux ne devraient pas permettre qu'on fasse de façon individuelle ce que le Parlement a rejeté de façon globale. En l'occurrence, ce que le législateur a aboli dans ce domaine c'est la possibilité de tirer des déductions défavorables à la victime par suite de son omission de porter plainte rapidement dans une affaire d'agression sexuelle[28].

L'adoption de cette interprétation par les tribunaux permettrait d'abolir effectivement les deux aspects de la théorie de la plainte spontanée. Il ne serait plus nécessaire d'admettre la plainte en preuve parce que les déductions défavorables ne seraient pas appliquées de façon universelle. En outre, suivant cette interprétation, l'avocat de la défense ne pourrait plus invoquer les faits particuliers de l'affaire pour inviter le jury à tirer une déduction défavorable au plaignant à l'issue d'un contre-interrogatoire où il aurait allégué la fabrication récente de preuve au motif que la victime ne s'est pas plainte alors qu'il aurait été normal qu'elle le fasse.

Certains auteurs prétendent que cette interprétation de l'article 246.5 s'accorde mieux avec les objectifs du législateur que l'interprétation plus étroite retenue par la cour dans la décision récente R. c. Page[29].

La question de l'application que le tribunal a faite du principe des **res gestea** dans la décision R. c. Colp par rapport à la réalisation des objectifs du législateur n'a pas encore été examinée. Dans cette affaire, le tribunal a statué qu'étant donné qu'elle faisait partie des **res gestea**, la plainte portée à la première occasion raisonnable était recevable. Le tribunal a, dans la décision Page, écarté cette partie de la décision et statué que, pour être considérée comme faisant partie des **res gestae**, la plainte devait constituer une spontanée.

Un arrêtiste a émis l'idée que le critère plus large formulé dans la décision Colp facilite les poursuites pour agression sexuelle[30] et qu'il accorde ainsi indirectement aux victimes éventuelles de ce genre d'agression une meilleure protection. Un autre arrêtiste s'est également dit d'avis que le rejet de ces critères dans la décision Page représente un [TRADUCTION] "retour en arrière" que ne souhaitait pas le législateur en adoptant les nouvelles dispositions. Elle a ajouté que l'approche plus globale utilisée dans la décision Colp se justifie par la nécessité de vaincre la méfiance que les juges des faits ont toujours eue face aux victimes de viol[31].

Ces deux arguments soulèvent des questions valables. Ils reposent toutefois sur l'hypothèse que l'avocat de la défense pourrait alléguer la fabrication récente de preuve, ce qui permettrait au ministère public de déposer la plainte en contre-preuve. Dans ces circonstances, la poursuite bénéficierait d'un avantage stratégique potentiel du simple fait qu'elle pourrait présenter la preuve principale et prétendre qu'elle fait partie des **res gestea** plutôt que de devoir attendre que la défense fasse son contre-interrogatoire. Par contre, si ce contre-interrogatoire est jugé non pertinent, il ne serait plus nécessaire de déposer la plainte en preuve pour rétablir la crédibilité du témoin en vertu du principe des **res gestea** ou pour réfuter une allégation de fabrication récente de preuve. La meilleure façon de protéger les plaignants appelés à témoigner est d'abolir la nécessité de repousser des déductions défavorables que l'expérience pratique ne justifie pas.

L'utilisation des **res gestea** pour permettre la preuve d'une plainte spontanée soulève une autre question. À la différence des autres exceptions à la règle d'exclusion des déclarations narratives, le principe des **res gestae** veut que les déclarations soient admises en vue d'établir leur véracité plutôt que leur compatibilité avec le témoignage de la victime. Par conséquent, dans le cas où une plainte spontanée est admise en preuve comme faisant partie des **res gestae,** il serait loisible au ministère public de demander qu'elle serve à prouver un des faits en litige.

On peut se demander si le tribunal voulait en arriver à ce résultat dans l'affaire Colp, vu son silence sur cette question. Etant donné que la cour en est venue à une conclusion contraire sur la question des **res gestea** dans le jugement Page, il est peu probable que cette question se pose à nouveau. Cependant, si, à l'avenir, les tribunaux admettent en preuve les plaintes spontanées suivant les critères dégagés dans la décision Colp ou dans le jugement Page à propos des **res gestae,** il est à prévoir que les règles générales de preuve s'appliqueraient et permettraient de recevoir ces déclarations pour en établir la véracité et non seulement la compatibilité avec le témoignage de la victime.

Toutes les décisions que nous avons analysées dans la présente étude et qui portaient sur l'interprétation de l'article 246.5 concernaient des inculpations d'agression sexuelle. Etant donné que l'article abolit "... les règles de preuve qui concernent la plainte spontanée... **dans les cas d'agression sexuelle ...**"[32] [les caractères gras sont de l'auteure], on peut se demander si l'article 246.5 s'applique seulement aux trois types d'agression sexuelle visés par le projet de loi C-217. Jusqu'à maintenant, les règles relatives à la plainte spontanée s'appliquaient aux crimes sexuels consensuels et non consensuels[33]. Une interprétation restrictive de l'article 246.5 pourrait donc entraîner le maintien en vigueur des règles de preuve en question aux infractions sexuelles comme la séduction et l'inceste, à propos desquelles le consentement n'est pas pertinent.

Cette interprétation de l'article créerait à notre avis des problèmes sur le plan de la réalisation des objectifs du législateur. Comme nous l'avons déjà souligné, les données de l'expérience ne permettent plus de soutenir l'argument de la clameur publique invoqué pour justifier la règle. Ainsi donc, il n'existe plus de raison de soumettre les victimes de ce genre de crime à un contre-interrogatoire éprouvant sur leur défaut de porter plainte à la première occasion raisonnable.

RENVOIS

1 Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1983, p. 329.

2 Ibid., à la p. 328; l'exception des **res gestea** permet en règle générale de présenter en preuve les déclarations du témoin qui sont intimement liées au fait en litige au point de faire partie de l'événement à l'origine du procès.

3 Ibid., à la p. 333.

4 Ibid., à la p. 334; J. J. Gindin, "Recent Complaint in Sexual Cases After the Amendments" (1984), 3 Crown Coun. Rev. 12; C.L.M. Boyle, Sexual Assault Toronto, Carswell, 1984, p. 15; Timm c. La Reine [1981] 2 R.C.S. 315, à la p. 321.

5 Groupe de travail, supra, note 1 à la page 333.

6 Timm c. R., supra, note 4, à la p. 337; voir également : D. Watt, The New Offences Against the Person: The Provision of Bill C-127, Toronto, Butterworths, 1984, p. 179.

7 Timm c. R., supra, note 4; Kribs c. La Reine, [1960] R.C.S. 400.

8 Kilby c. R. (1973), 129 C.L.R. 460 (H.C. Aust.); R. c. Kistendey (1975), 29 C.C.C. (2e) 382 (C.A. Ont.); R. c. Boyce (1974), 28 C.R.N.S. 336 (C.A. Ont.).

9 R. c. Mace (1975), 25 C.C.C. (2e) 121 (C.A. Ont.); R. c. Kistendey, supra, note 8, R. c. Walters (1980) 53 C.C.C. (2e) 119 (C.A. Ont.); voir également : Watt, supra, note 6 aux pages 180 et 181; D.F. Dawson, "The Abrogation of Recent Complaint: Where Do We Stand Now?" (1984) 27 Crim. Law Q. 57; et Groupe de travail, supra, note 1 à p. 337. Le Groupe de travail soutient qu'en empêchant le plaignant de témoigner, l'arrêt Kistendey allait à l'encontre de la règle bien établie de pratique et d'équité applicable aux témoins.

10 Boyle, supra, note 4 à la p. 153, voir également : Watt, supra, note 6 à la p. 180 où ce dernier déclare :

> [TRADUCTION]
> ".... on obligeait V. [la victime] à porter plainte à la première occasion raisonnable et l'omission de le faire était interprétée comme la **contradiction virtuelle de son récit.** La présentation de la plainte en preuve servait à

réfuter la présomption qui jouait contre V. en l'absence de plainte.
[Les caractères gras sont de l'auteure.]

11 T. Danow, "Jury Instruction in a Rape Trial: Recent Revisions and the Argument for Further Reform," (1976) 1 Crim. Just. J. 113, à la p. 115.

12 M. T. MacCrimmon, "Consistent Statements of a Witness" (1979), 17 Osg. Hall L. J. 285, aux p. 309 à 313.

13 (1984) 36 C.R (3e) 8 (Cour comté N.-É.).

14 Ibid., à la p. 284.

15 (1984) 40 C.R. (3e) 85 (H.C. Ont.).

16 Ibid.

17 Suivant cette exception à la règle d'exclusion des déclarations narratives, ce ne sont pas toutes les méthodes d'attaque de la crédibilité du témoin qui donnent lieu à l'admission des déclarations antérieures compatibles. En règle générale, les méthodes d'attaque de la crédibilité qui donnent lieu à l'admission sont le parti pris, l'intérêt, la surbornation, et le silence de la victime au moment où il aurait été normal qu'elle parle. Voir : Boyle, supra, note 4, à la p. 154 et Groupe de travail, supra, note 1, aux p. 338 à 346.

18 (1984) 12 W.C.B. 71 (Cour comté Ont.).

19 Ibid., p. 5 et 6 (motifs intégraux du jugement).

20 Ces deux aspects étant les conditions préalables à remplir avant de déclarer recevable la plainte et les directives qui peuvent être faites au jury dans le cas où la plainte est jugée irrecevable ou en l'absence de preuve de la plainte. Voir p. 57 du présent document pour un exposé des deux aspects de la doctrine.

21 Vu les faits de l'affaire, l'exception n'était probablement pas applicable, étant donné que la plainte avait été portée quatre jours après l'agression reprochée.

22 [1984] B.C.D. Crim. Conv. 6108-02 (C.S.C.-B.).

23 Dawson, supra, note 9; Gindin, supra, note 4.

24 R. c. Page, supra, note 15.

25 Boyle et Groupe de travail, supra, note 17.

26 Les études démontrent que ces sentiments amènent souvent les victimes à hésiter à porter plainte. Voir Danow, supra, note 11 à la p. 115.

27 Boyle, supra, note 4, aux p. 154 et 155; R. c. Page : "Commentaires" (1984) 40 C.R. (3e) 85; Dawson supra, note 9. Dawson expose la raison d'être de cette interprétation sans se déclarer en faveur de son adoption par les tribunaux. La Cour de comté de l'Ontario a également suivi ce raisonnement dans la décision Temple, supra, note 18.

28 Boyle, supra, note 4, à la p. 154.

29 Sur la question du droit de l'avocat de la défense de contre-interroger le témoin et de formuler des observations sur le silence de la plaignante par le moyen d'une allégation de fabrication récente de preuve, la cour a, dans Colp, souscrit elle aussi à l'interprétation donnée par la cour dans la décision Page. Voir Colp, supra, note 13.

30 R. c. Colp : "Annotation" (1984) 36 C.R. (3e) 281.

31 R. c. Page : "Annotation", supra, note 27.

32 Article 246.5.

33 Watt, supra, note 6 à la p. 184.

3. Rapports entre les articles 246.6 et 246.7 et l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte

L'article 246.6 énonce une règle générale d'exclusion des preuves relatives aux rapports sexuels du plaignant avec une personne autre que l'accusé. Ce principe général d'exclusion prévoit des exceptions dans le cas d'une

> a) ... preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant;
>
> b) ... preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation; ou
>
> c) ... preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

Suivant le paragraphe 246.6(3), aucune preuve n'est admissible en vertu des exceptions susmentionnées à moins qu'une audition à huis clos ne soit tenue et que le plaignant n'y soit pas un témoin contraignable.

L'article 246.6 prévoit des contrôles plus stricts à l'égard de la présentation des preuves que son prédécesseur, le paragraphe 142(1). Cet article déclarait irrecevable la preuve des antécédents sexuels de la victime sauf dans le cas où le juge estimait que son exclusion l'empêcherait de trancher une question de fait, et notamment celle de la crédibilité du plaignant. À la différence du paragraphe 142(1), l'article 246.6 ne laisse pratiquement aucune latitude au juge sur la question de la pertinence de la preuve des rapports sexuels du plaignant avec des tiers. Dès que cette preuve tombe sous le coup d'une des exceptions **prévues par la loi**, elle est admissible en vertu du paragraphe 246.6. Dans tous les autres cas, elle ne l'est pas.

L'article 246.7 est lié à l'article 246.6. Cet article déclare inadmissible la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant. Les auteurs ne s'entendent pas sur le sens exact de cette disposition[1]. Il semble toutefois incontestable qu'à tout le moins cet article interdit la présentation d'une preuve de **"réputation sexuelle"** par opposition à la preuve concernant les **activités sexuelles précises** du plaignant avec une autre personne que l'accusé - en vue de défendre ou d'attaquer sa crédibilité[2]. En **common law**, le prévenu a le droit de contre-interroger le

plaignant sur sa réputation générale en matière de moralité sexuelle au motif que cela concerne sa crédibilité[3].

Les articles 246.6 et 246.7 ne s'appliquent qu'aux nouvelles infractions d'agression sexuelle créées par les articles 246.1, 246.2 et 246.3.

Étant donné qu'il limite le genre de preuve que le prévenu peut présenter, un auteur a soutenu que les articles 246.6 et 246.7 portent atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit du prévenu à un procès juste et équitable garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte[5]. Cette question a été soulevée dans quatre importantes affaires portant sur ces articles : Re Bird and Peebles c. La Reine[6], La Reine c. Le Gallant[7], R. c. Mikunas[8] et R. c. Oquantaq[9]. Dans une cinquième affaire, R. c. Gran, le tribunal a interprété l'alinéa 246.6(1)a) sans faire mention de la Charte.

Dans Bird and Peebles, le prévenu était accusé d'agression sexuelle en vertu de l'article 246.1. Il voulait présenter une preuve suivant laquelle la victime avait l'habitude de s'enivrer en public et d'accepter des relations sexuelles avec le premier venu. Le prévenu voulait notamment démontrer que lors d'une réception à laquelle il était présent une semaine avant l'agression présumée, la plaignante avait eu des rapports sexuels avec cinq hommes.

Le prévenu a déclaré qu'il était au courant que la victime avait la réputation d'avoir ce genre de comportement. À son avis, tous les éléments de preuve susmentionnés étaient pertinents à une défense de consentement réel, ou, subsidiairement, de consentement présumé. Le prévenu désirait démontrer qu'en raison du fait qu'elle avait déjà consenti à plusieurs reprises à ce genre de relations, la plaignante avait probablement donné son consentement au moment de l'agression présumée. Le prévenu faisait valoir comme moyen subsidiaire que si la victime n'avait pas effectivement consenti aux rapports en question, il croyait pour sa part honnêtement qu'elle avait donné son consentement à cause de la réputation qu'il lui connaissait.

La preuve des antécédents sexuels de la victime était donc pertinente, à son avis, à la question de l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'infraction. L'avocat de la défense prétendait que écarter cette preuve donnerait lieu à un déni du droit du prévenu à un procès équitable et constituerait une atteinte aux principes de justice fondamentale. En outre, l'avocat de la défense soutenait que les règles limitant la preuve en matière d'agression sexuelle ne se justifiaient pas, étant donné qu'elles différaient considérablement des règles de preuve régissant les inculpations d'agression non sexuelle.

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rejeté ces arguments[10]. La Cour a statué que les articles 246.6 et 246.7

étaient constitutionnels étant donné que, en leur qualité de dispositions régissant la preuve, ils ne déplaçaient pas le fardeau de la preuve et ne niaient pas le droit du prévenu à une défense. Cette conclusion reposait sur des décisions américaines dans lesquelles des dispositions semblables en matière de protection des victimes de viol avaient été confirmées[11].

Le juge n'a pas accepté l'argument suivant lequel on ne pouvait justifier l'application de règles de preuve spéciales au motif que les agressions sexuelles s'apparentaient aux agressions ordinaires. De l'avis du tribunal, il convenait de faire deux distinctions importantes entre les diverses formes d'agression. En premier lieu, l'une pouvait donner lieu à la fécondation alors que l'autre ne le pouvait pas. En deuxième lieu dans les agressions sexuelles, la question du consentement était dans bien des cas primordiale alors que dans les autres cas d'agression elle ne l'était pas[12].

Le juge a ajouté, en obiter, que même si les articles 246.6 et 246.7 enfreignaient la Charte, ils pouvaient se justifier en raison des limites raisonnables permises par l'article 1. Cela tenait au fait que les conséquences néfastes de ce genre de preuve l'emportaient sur sa valeur probante. Aux yeux de la cour, cet effet se traduisait par le fait que :

1. cette preuve risquait de susciter des sentiments de parti pris, d'hostilité ou de sympathie chez les jurés;

2. elle risquait de créer une question secondaire qui distrairait le jury;

3. elle ferait perdre inutilement beaucoup de temps;

4. elle surprendrait injustement la poursuite.

Pour appliquer l'article 1 aux articles 246.6 et 246.7, la Cour a décidé, qu'entre les droits du prévenu et l'intérêt qu'avait la société à ce que ce genre de crime soit dénoncé, les intérêts de la société qui devaient l'emporter.

Dans son article intitulé "'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial", David Doherty critique la décision rendue dans l'affaire Bird and Peebles[13]. Tout en reconnaissant que la majorité des juges américains avaient confirmé la constitutionnalité de dispositions d'exclusion semblables, Doherty affirme que les tribunaux avaient formulé certaines réserves avant de déclarer ces dispositions constitutionnelles. À titre d'exemple, il cite la décision The State c. Green[14] rendue par un tribunal de Virginie occidentale. Dans cette affaire, la cour avait confirmé la validité de dispositions législatives protégeant les victimes de viol beaucoup plus restrictives que celles des articles 246.6 et 246.7 tout en précisant que, dans certains cas exceptionnels, la valeur probante de ce genre de preuve l'emportait de loin sur ses

effets négatifs. Suivant la Cour d'appel de la Virginie occidentale, l'exclusion d'une preuve relative aux antécédents sexuels dans ce cas était susceptible de causer un déni de justice.

Doherty soutient qu'il est impossible de fixer à l'avance par une loi et de façon universelle le poids à accorder à la valeur probante de la preuve par rapport à ses effets négatifs. Chaque cas exige l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Suivant Doherty, le pouvoir discrétionnaire du tribunal est un aspect essentiel de toute règle d'exclusion qui se veut constitutionnelle. Étant donné qu'il enlève ce pouvoir discrétionnaire au tribunal, l'article 256.6 risque d'exclure des preuves probantes qui n'auraient aucun effet néfaste. Suivant ce raisonnement, l'article 246.6 pourrait donc être jugé inconstitutionnel.

En ce qui concerne l'article 246.7, les critiques de Doherty sont moins sévères. À son avis, étant donné que les éléments de preuve visés par cet article ont une valeur probante très limitée sur la question de la crédibilité et qu'ils sont potentiellement très néfastes, ils ne portent pas vraiment atteinte au droit du prévenu à un procès équitable.

S'inspirant de la défense formulée dans l'affaire Bird and Peebles, Doherty reproche également à l'article 246.6 de placer le prévenu inculpé d'agression sexuelle dans une situation beaucoup plus désavantageuse que celle du prévenu accusé d'une autre infraction de violence contre la personne.

Certains des arguments formulés par Doherty au sujet de l'article 246.6 ont été repris par l'avocat de la défense dans la décision récente rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire La Reine c. LeGallant[15]. Dans LeGallant, l'inculpé, qui était un enseignant adulte de sexe masculin, était accusé d'avoir agressé sexuellement un garçon de treize ans en violation du paragraphe 246.1(1). Les incidents à l'origine du litige s'étaient produits à l'appartement du prévenu au cours d'une visite effectuée par le plaignant et ses deux frères aînés. L'avocat de la défense soutenait que le garçon s'était livré à des actes sexuels sur l'accusé et que c'était le garçon qui était l'agresseur. Il ne pouvait y avoir d'agression sexuelle étant donné que LeGallant avait joué un rôle passif et avait agi contre son gré. En revanche, le ministère public soutenait que l'accusé était l'assaillant.

Pour appuyer sa version des faits, LeGallant tenta de présenter une preuve démontrant que, deux ans auparavant, le plaignant s'était rendu avec son frère chez deux ou trois hommes et qu'ils s'étaient livrés à des actes homosexuels. LeGallant voulait également produire une preuve qui démontrait que la victime s'était livrée à d'autres activités homosexuelles avant l'agression en question. La défense espérait établir le

bien-fondé de ses affirmations en contre-interrogeant le plaignant et un policier.

Aucun des éléments de preuve en question n'était admissible suivant l'article 246.6. L'accusé soutenait toutefois que ces éléments de preuve avaient une valeur probante très forte par rapport au moyen de défense qu'il invoquait en l'espèce. Il prétendait qu'exclure ces éléments de preuve porterait atteinte à son droit à un procès équitable et à une défense pleine et entière, droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte.

Contrairement à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'affaire Bird and Peebles, la Cour suprême de la Colombie-Britannique accepta cet argument et statua que l'article 246.6 avait pour effet de violer l'article 7 et l'alinéa 11d) bien que l'objet de cet article ne portait pas atteinte à ces dispositions.

La Cour jugea que l'objectif par lequel le Parlement souhaitait accorder une meilleure protection aux plaignants était valide[16]. La portée de cet article soulevait cependant un problème particulier dans cette affaire, étant donné que le jury devait choisir entre deux versions totalement différentes de l'acte reproché - celle du plaignant et celle de l'accusé. De l'avis du juge, le jury ne pouvait équitablement décider laquelle des deux versions était la vraie s'il n'était pas mis au courant des relations sexuelles antérieures du plaignant.

L'analyse à laquelle s'est livrée la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire LeGallant s'appuyait sur la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire R. c. Scopelliti[17]. Scopelliti, qui était accusé de meurtre, invoquait la légitime défense. Il voulait présenter une preuve démontrant la personnalité violente ou la prédisposition du défunt à la violence en vue de prouver qu'il n'était pas au courant de ces faits au moment du meurtre dont on l'accusait. La Cour a statué que cette preuve était recevable pour établir la probabilité que le défunt ait été l'assaillant et appuyer le témoignage de l'accusé suivant lequel il avait été attaqué par le défunt. La preuve n'était cependant pas recevable pour établir l'état d'esprit de Scopelliti au moment de l'agression[18].

Dans l'arrêt LeGallant, la Cour a fait une analogie entre l'allégation de légitime défense de Scopelliti et l'affirmation de LeGallant suivant laquelle il avait participé aux rapports sexuels en question contre son gré :

> [TRADUCTION]
> [Dans R. c. Scopelliti, la cour a ... statué que la preuve de la personnalité violente ou des prédispositions de la victime présumée à la violence était recevable pour démontrer la probabilité qu'il ait été l'agresseur et pour appuyer le témoignage de l'accusé suivant lequel il avait été assailli par le défunt. Une preuve portant sur la personnalité du plaignant ou

> sur sa prédisposition à se livrer à des actes sexuels avec des hommes plus âgés est également pertinente en cas d'inculpation d'agression sexuelle dans laquelle la défense de l'accusé consiste à dire que le plaignant était l'agresseur dans les actes homosexuels en litige et que lui, l'accusé, n'a commis aucune agression. Cette preuve est sujette à la limite formulée par le juge dans la décision Regina c. Scoppeliti suivant laquelle la preuve des actes en question doit se limiter aux actes qui peuvent légitimement et raisonnablement aider le jury à rendre un verdict équitable[19].

Dans l'arrêt LeGallant, la preuve des activités sexuelles de la victime avec des tiers était nécessaire pour réfuter la [TRADUCTION] "déduction logique" suivant laquelle le jury conclurait qu'il était plus probable que ce soit l'homme plus âgé qui initie un jeune de treize ans aux activités sexuelles[20].

Comme dans Scopelliti, la Cour a, dans l'arrêt LeGallant, précisé qu'il fallait faire preuve de circonspection avant d'admettre ce genre de preuve :

> [TRADUCTION]
> "... il entre évidemment une certaine part de jugement discrétionnaire dans la décision de savoir si la preuve jugée préférable a suffisamment de valeur probante par rapport au but dans lequel elle est produite et il faut utiliser beaucoup de précaution pour s'assurer que, si elle est admise, cette preuve ne sera pas utilisée à mauvais escient par le jury[21].

Cette affirmation rappelle les commentaires de Doherty qui affirme qu'il est essentiel que les tribunaux conservent leurs pouvoirs discrétionnaires pour pouvoir se prononcer sur la constitutionnaité d'une disposition législative.

Suivant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la violation de l'article 7 et de l'alinéa 11d) pour l'article 246.6 ne se justife pas par l'article 1 de la Charte. Cet article garantit les droits et libertés énoncés dans la Charte et précise qu'ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique[22]. Pour déterminer si les limites énoncées à l'article 246.6 étaient raisonnables, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confronté la situation que l'article cherchait à corriger avec les conséquences de la violation. D'une part, la Cour a examiné l'intérêt qu'avait le plaignant à ne pas être soumis à un interrogatoire gênant et l'intérêt

de la société à encourager la dénonciation de ce genre d'infraction. D'autre part, la Cour a pris en considération le droit du prévenu à une défense pleine et entière et les conséquences sérieuses qui découleraient d'une condamnation injuste. La Cour a également tenu compte de l'intérêt qu'avait la société à ce qu'un "verdict équitable" soit prononcé[23].

La Cour en vint à la conclusion que la protection du droit du prévenu à une défense pleine et entière était fondamentale dans notre société. Seul des intérêts contraires très importants justifieraient par conséquent une atteinte à ce droit. De l'avis de la Cour, la nécessité de protéger les plaignants d'un interrogatoire gênant ne constituait pas, de l'avis de la cour, une considération suffisamment importante pour faire pencher la balance en faveur de l'exclusion.

Pour déclarer l'article 246.6 invalide, la Cour a, dans l'arrêt LeGallant, examiné la décision Bird et Peebles, de même que l'arrêt R. c. Mickunas[24] rendu par la Cour suprême de la Colombie-Britannique après le jugement Peebles. Dans l'arrêt LeGallant, la Cour a toutefois précisé que ces affaires étaient différentes parce qu'elles soulevaient des questions distinctes de celles sur lesquelles le tribunal était appelé à se prononcer. Dans Mikunas et Bird and Peebles, le moyen de défense soulevé était le consentement. Dans l'arrêt LeGallant, l'accusé prétendait tout simplement qu'il n'y avait eu aucune agression étant donné que c'était la victime qui était l'agresseur. Dans l'arrêt LeGallant, la Cour a soutenu que lorsque la seule question en litige était le consentement et que rien n'indiquait que la victime était l'agresseur, la présentation d'une preuve de relations sexuelles avec un tiers aurait **en règle générale** peu de valeur probante[25]. L'exclusion de cette preuve en pareil cas n'irait donc pas à l'encontre de la Charte.

La Cour a également précisé que la décision Bird et Peebles était différente au motif que les critères de constitutionnalité formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R. c. Big M. Drug Mart Ltd.[26] et appliqués dans l'arrêt LeGallant n'avaient pas encore été formulés au moment de la première décision. Dans l'affaire Mikunas, cette question n'a tout simplement pas été soulevée.

Il est difficile d'évaluer l'impact exact que la décision LeGallant aura à l'avenir sur l'application de l'article 246.6. Dans cette affaire, la Cour a permis à la défense de contre-interroger le plaignant et le policier au sujet des antécédents sexuels du plaignant et ce, dans le cadre d'un **voir-dire**. On a recouru à cette procédure afin de permettre au juge de déterminer si la preuve avait une quelconque valeur probante avant de la soumettre au jury[27]. Le fait que ce genre d'interrogatoire du plaignant ait été autorisé laisse entrevoir que la Cour avait jugé inapplicables les dispositions de l'article 246.6 relatives à la procédure, de même que les

> sur sa prédisposition à se livrer à des actes sexuels avec des hommes plus âgés est également pertinente en cas d'inculpation d'agression sexuelle dans laquelle la défense de l'accusé consiste à dire que le plaignant était l'agresseur dans les actes homosexuels en litige et que lui, l'accusé, n'a commis aucune agression. Cette preuve est sujette à la limite formulée par le juge dans la décision Regina c. Scoppeliti suivant laquelle la preuve des actes en question doit se limiter aux actes qui peuvent légitimement et raisonnablement aider le jury à rendre un verdict équitable[19].

Dans l'arrêt LeGallant, la preuve des activités sexuelles de la victime avec des tiers était nécessaire pour réfuter la [TRADUCTION] "déduction logique" suivant laquelle le jury conclurait qu'il était plus probable que ce soit l'homme plus âgé qui initie un jeune de treize ans aux activités sexuelles[20].

Comme dans Scopelliti, la Cour a, dans l'arrêt LeGallant, précisé qu'il fallait faire preuve de circonspection avant d'admettre ce genre de preuve :

> [TRADUCTION]
> "... il entre évidemment une certaine part de jugement discrétionnaire dans la décision de savoir si la preuve jugée préférable a suffisamment de valeur probante par rapport au but dans lequel elle est produite et il faut utiliser beaucoup de précaution pour s'assurer que, si elle est admise, cette preuve ne sera pas utilisée à mauvais escient par le jury[21].

Cette affirmation rappelle les commentaires de Doherty qui affirme qu'il est essentiel que les tribunaux conservent leurs pouvoirs discrétionnaires pour pouvoir se prononcer sur la constitutionnaité d'une disposition législative.

Suivant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la violation de l'article 7 et de l'alinéa 11d) pour l'article 246.6 ne se justife pas par l'article 1 de la Charte. Cet article garantit les droits et libertés énoncés dans la Charte et précise qu'ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique[22]. Pour déterminer si les limites énoncées à l'article 246.6 étaient raisonnables, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confronté la situation que l'article cherchait à corriger avec les conséquences de la violation. D'une part, la Cour a examiné l'intérêt qu'avait le plaignant à ne pas être soumis à un interrogatoire gênant et l'intérêt

de la société à encourager la dénonciation de ce genre d'infraction. D'autre part, la Cour a pris en considération le droit du prévenu à une défense pleine et entière et les conséquences sérieuses qui découleraient d'une condamnation injuste. La Cour a également tenu compte de l'intérêt qu'avait la société à ce qu'un "verdict équitable" soit prononcé[23].

La Cour en vint à la conclusion que la protection du droit du prévenu à une défense pleine et entière était fondamentale dans notre société. Seul des intérêts contraires très importants justifieraient par conséquent une atteinte à ce droit. De l'avis de la Cour, la nécessité de protéger les plaignants d'un interrogatoire gênant ne constituait pas, de l'avis de la cour, une considération suffisamment importante pour faire pencher la balance en faveur de l'exclusion.

Pour déclarer l'article 246.6 invalide, la Cour a, dans l'arrêt LeGallant, examiné la décision Bird et Peebles, de même que l'arrêt R. c. Mickunas[24] rendu par la Cour suprême de la Colombie-Britannique après le jugement Peebles. Dans l'arrêt LeGallant, la Cour a toutefois précisé que ces affaires étaient différentes parce qu'elles soulevaient des questions distinctes de celles sur lesquelles le tribunal était appelé à se prononcer. Dans Mikunas et Bird and Peebles, le moyen de défense soulevé était le consentement. Dans l'arrêt LeGallant, l'accusé prétendait tout simplement qu'il n'y avait eu aucune agression étant donné que c'était la victime qui était l'agresseur. Dans l'arrêt LeGallant, la Cour a soutenu que lorsque la seule question en litige était le consentement et que rien n'indiquait que la victime était l'agresseur, la présentation d'une preuve de relations sexuelles avec un tiers aurait **en règle générale** peu de valeur probante[25]. L'exclusion de cette preuve en pareil cas n'irait donc pas à l'encontre de la Charte.

La Cour a également précisé que la décision Bird et Peebles était différente au motif que les critères de constitutionnalité formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R. c. Big M. Drug Mart Ltd.[26] et appliqués dans l'arrêt LeGallant n'avaient pas encore été formulés au moment de la première décision. Dans l'affaire Mikunas, cette question n'a tout simplement pas été soulevée.

Il est difficile d'évaluer l'impact exact que la décision LeGallant aura à l'avenir sur l'application de l'article 246.6. Dans cette affaire, la Cour a permis à la défense de contre-interroger le plaignant et le policier au sujet des antécédents sexuels du plaignant et ce, dans le cadre d'un **voir-dire**. On a recouru à cette procédure afin de permettre au juge de déterminer si la preuve avait une quelconque valeur probante avant de la soumettre au jury[27]. Le fait que ce genre d'interrogatoire du plaignant ait été autorisé laisse entrevoir que la Cour avait jugé inapplicables les dispositions de l'article 246.6 relatives à la procédure, de même que les

exclusions énoncées au paragraphe 246.6(1). Le paragraphe 246.6(3) dispose que le plaignant n'est pas un témoin contraignable lorsque la preuve sur le comportement sexuel du plaignant avec un tiers est reçue en preuve en vertu du paragraphe 246.6(1).

Reste à savoir quelles répercussions l'arrêt LeGallant aura sur la constitutionnalité de l'article 246.7. Il semble que cette disposition d'exclusion ait été également déclarée inconstitutionnelle par la Cour[28]. Cela découle logiquement de l'analogie tirée entre les faits de l'affaire Scopelitti et ceux de l'affaire LeGallant. Dans la première, le juge avait statué que la prédisposition de la victime à la violence pouvait être établie au moyen d'une preuve d'actes précis ou par une preuve relative à la réputation générale de la personne[29].

Si l'arrêt LeGallant est appliqué à l'avenir dans les affaires portant sur des agressions sexuelles où l'accusé prétend avoir joué un rôle passif, on assistera à un retour en force des principes de **common law** régissant l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels et de la réputation du plaignant sur le plan de la moralité sexuelle. On a déjà constaté que ces principes ne protégeaient pas suffisamment les victimes contre le harcèlement à l'audience. Ils décourageraient également beaucoup de femmes à porter plainte[30]. Un bref résumé de ces principes illustrera ce problème.

Dans les procès pour viol et pour attentat à la pudeur, la **common law** déclarait recevable la preuve des antécédents sexuels de la victime au motif que cela était pertinent à la question du consentement ou pouvait servir à attaquer la crédibilité de la victime[31]. Il s'agissait d'une exception à la règle générale d'exclusion de la preuve de la moralité de la victime qui considérait cette preuve non pertinente :

> Ni la Couronne, ni la défense ne peut faire cette preuve - la Couronne, parce que la victime est présumée avoir une bonne réputation, ce qui rend la preuve inutile, et la défense, parce que la mauvaise réputation de la victime ne peut justifier la perpétration d'un acte criminel contre elle.[32]

Une exception est également prévue dans le cas des affaires d'homicide où l'accusé prétendait avoir agi en légitime défense[33].

Dans les affaires de viol et d'attentat à la pudeur, les victimes n'étaient pas [TRADUCTION] "présumées avoir de bonnes moeurs". Les éléments de preuve relatifs au comportement sexuel de la victime étaient considérés pertinents à la question du consentement au motif qu'une femme de moeurs faciles était plus susceptible de consentir à avoir des rapports sexuels avec l'accusé[34]. Voici les éléments de preuve habituellement admis suivant ce raisonnement :

1) Les autres rapports sexuels que la plaignante avait eus avec l'accusé;
2) l'opinion d'un témoin selon laquelle elle était une prostituée et les cas précis où elle s'était livrée à la prostitution;
3) sa réputation générale de professionnelle de la prostitution;
4) la notoriété de ses moeurs faciles ou la notoriété de son caractère peu enclin à la chasteté, et
5) les éléments de preuve qui établissaient qu'elle avait l'habitude de livrer son corps à quiconque, sans distinction, pour de l'argent ou non"[35].

On permettait également de contre-interroger la victime au sujet de son comportement sexuel au motif que cela ressortissait à la question de la crédibilité. Cet usage reposait sur l'idée que les femmes de mauvaises moeurs étaient des témoins peu dignes de foi[36].

Si les éléments de preuve portant sur les antécédents sexuels de la victime étaient admis en preuve parce que jugés pertinents à la question du consentement, la victime était tenue de répondre à toutes les questions qui lui étaient posées en contre-interrogatoire. Par ailleurs, si elle niait les allégations de l'avocat de la défense, l'accusé pouvait démentir ses réponses en produisant des éléments de preuve supplémentaires[37]. Cependant, si la preuve du comportement sexuel de la victime était admise uniquement pour attaquer la crédibilité de la victime, la plaignante ne pouvait être forcée de répondre, étant donné que la preuve portait uniquement sur une question incidente[38]. Par ailleurs, le juge pouvait permttre à la victime de refuser de répondre à des questions dégradantes[39].

Ces règles de **common law** ont été violemment critiquées au motif qu'elles faisaient porter le procès sur la moralité sexuelle de la victime plutôt que sur le comportement violent de l'accusé[40]. Malheureusement, à la suite de l'arrêt LeGallant, on assiste à une remise en vigueur de ces règles de **common law** dans les cas où l'accusé prétend que c'est la victime qui est l'agresseur.

Il y a cependant beaucoup plus lieu, en ce qui concerne la réalisation des objectifs du législateur, de s'inquiéter de l'affirmation faite par le juge dans l'affaire LeGallant, suivant laquelle, dans certains cas, le refus d'admettre des éléments de preuve portant sur des rapports sexuels de la victime avec des tiers enfreindrait la Charte même si le litige porte seulement sur la question du consentement[41]. On pourrait sans aucun doute, en s'appuyant sur les décisions Mikunas et Bird and Peebles, soutenir que les règles d'exclusion contenues aux articles 246.6 et 246.7 n'ont pas pour effet d'enfreindre la Charte en pareil cas. Quoiqu'il en soit, le fait que les critères de constitutionnalité appliquées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd. n'avaient pas encore été

formulés au moment où les décisions Mikunas et Bird and Peebles ont été rendues pourrait être invoqué pour justifier à l'avenir une application restrictive de ces règles.

Une autre décision qui nous intéresse en l'espèce est l'arrêt R. c. Oquantaq[42] dans lequel la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest n'a pas suivi la décision Bird and Peebles. Dans cette affaire, l'accusait désirait présenter une preuve pour démontrer qu'après l'agression présumée, la plaignante était retournée chez elle et avait eu des rapports sexuels le soir même avec un autre homme. L'accusé prétendait que cet élément de preuve était nécessaire pour établir la défense de consentement.

La Cour a déclaré les articles 246.6 et 246.7 inconstitutionnels au motif qu'ils ne laissaient aucune place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. S'appuyant sur la décision R. c. Scopelliti, le juge a soutenu qu'il fallait protéger le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'examiner ce genre de preuve. À l'appui de cette opinion, le juge a fait une analogie entre les penchants violents de victimes dans des affaires d'homicide où l'accusé prétendait avoir agi en légitime défense et les rapports sexuels des victimes avec des tiers dans des affaires d'agression sexuelle où l'accusé soulevait le consentement de la victime.

Après avoir apprécié la preuve en question, le juge a finalement décidé de l'exclure au motif que sa valeur probante était, en l'espèce, limitée. Quoi qu'il en soit, si d'autres tribunaux souscrivent au raisonnement formulé par le tribunal dans l'arrêt Oquantad, l'exclusion des éléments de preuve portant sur les rapports sexuels du plaignant avec des tiers dans des affaires d'agression sexuelle dépendra désormais de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de chaque magistrat. Étant donné la fréquence avec laquelle la défense de consentement réel ou présumé est invoquée en matière sexuelle, la protection accordée par les articles 246.6 et 246.7 aux victimes contre le harcèlement à l'audience s'en trouvera considérablement réduite.

Il nous reste à examiner une dernière décision sur la question de l'interprétation de l'article 246.6, l'arrêt R. c. Gran[43]. Pour cette affaire, l'accusé voulait contre-interroger la plaignante au sujet du fait qu'elle prétendait avoir été violée auparavant et avoir été forcée de se soumettre à des [TRADUCTION] "perversions sexuelles"[44]. Gran soutenait qu'elle en avait parlé avec lui. L'accusé voulait produire cet élément en preuve en vertu de l'alinéa 246.6(1)a) pour réfuter l'affirmation de la plaignante qui prétendait qu'elle avait commencé à avoir peur au cours d'une conversation qu'ils avaient échangé avant l'agression présumée. Au cours de cette conversation, le prévenu avait relaté à la plaignante les réactions que les hommes présents à une réunion "pour hommes seulement" à laquelle il venait d'assister avait eues à la suite d'une projection de films pornographiques. Aux termes de l'article 246.6(1), l'accusé peut

présenter une preuve concernant le comportement sexuel du plaignant avec une autre personne s'il s'agit :

> a) d'un preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a écarté cette preuve et a souscrit à l'argument de la défense suivant lequel la preuve du viol reproché était de nature sexuelle. Cette preuve n'a toutefois pas été présentée dans le cadre de l'interrogatoire principal de la plaignante, ce qui l'empêchait de tomber sous le coup de l'exception prévue à l'alinéa a). La Cour n'a pas mentionné l'article 7 ni l'alinéa 11d) de la Charte dans sa décision.

Conclusion

Les articles 246.6 et 246.7 démontrent une volonté légitime de protéger les plaignants contre les interrogatoires judiciaires humiliants et encouragent par conséquent les victimes à dénoncer les crimes de violence sexuelle. Malgré le mérite de ses objectifs, plusieurs ont mis sérieusement en doute la constitutionnalité de ces articles.

Dans des décisions rendues par deux cours suprêmes[45], les tribunaux ont affirmé que ces dispositions portaient atteinte au droit du prévenu à un procès équitable et à une défense pleine et entière[46]. Dans l'arrêt La Reine c. LeGallant, la cour a limité sa conclusion d'inconstitutionnalité au cas où l'accusé voulait présenter une preuve concernant les rapports sexuels de la victime avec des tiers à l'appui de son allégation que la victime était l'agresseur. Dans R. c. Oquantaq, la cour a déclaré les articles 246.6 et 246.7 inconstitutionnels dans une affaire où le prévenu soutenait que la victime avait consenti aux actes reprochés.

Dans deux autres affaires rendues en cour suprême, Re Bird and Peebles c. La Reine et R. c. Mickunas, les tribunaux en sont venus à des conclusions différentes sur la question de la constitutionnalité. Dans ces deux arrêts, la cour a confirmé la validité des articles 246.6 et 246.7 dans des affaires où la défense de consentement était soulevée.

Il est difficile de concilier ces deux décisions avec l'arrêt R. c. Oquantaq. On pourrait prétendre que l'arrêt LeGallant portait sur une affaire différente en invoquant la nature de la défense invoquée dans cette affaire.

Si les arrêts LeGallant et Oquantaq sont suivis, les règles de common law qui régissent la preuve des antécédents sexuels de la victime seront remises en vigueur. Cela aura pour effet de perpétuer les problèmes que comportaient les anciennes règles de

droit en matière de viol, et notamment celui du harcèlement du plaignant en contre-interrogatoire et de l'hésitation des victimes à porter plainte[47].

Certaines études tendent également à démontrer que le taux de condamnation est susceptible d'augmenter grâce à l'application des règles de droit protégeant les victimes de viol, comme les articles 246.6 et 246.7[48]. Par conséquent, le fait de déclarer inconstitutionnelles ces dispositions limite indirectement la protection dont bénéficient les victimes éventuelles par l'application du principe de la dissuasion.

La remise en vigueur des règles de **common law** régissant la recevabilité de la preuve des antécédents sexuels de la victime soulève certains problèmes fondamentaux. Les données de l'expérience ne sauraient justifier les arguments avancés par ceux qui prétendent qu'il convient d'admettre ce genre de preuve parce qu'il est pertinent à la question de la crédibilité[49]. Quoiqu'il en soit, certains auteurs en sont venus à la conclusion que le fait de contre-interroger la victime en présence du jury au sujet de ses antécédents sexuels suscite chez le jury des [TRADUCTION] "sentiments négatifs" à l'égard de la victime et l'amène à considérer l'accusé [TRADUCTION] "moins coupable"[50].

L'expérience démontre également que l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire défendu par les tribunaux dans les décisions LeGallant et Oquantaq en matière de recevabilité de ce genre de preuve ne favoriserait pas la réalisation des objectifs du législateur. L'article 142, le prédécesseur de l'article 246.6 et 246.7, accordait précisément ce pouvoir discrétionnaire d'exclusion au juge. Dans l'analyse qu'il fait de cet article, le Groupe de travail sur l'uniformisation des règles de preuve fait remarquer que l'interprétation que les tribunaux ont donnée à cet article n'a pas réussi à protéger adéquatement les victimes[51]. Le Groupe de travail précise que ces dispositions se sont révélées "sans grand effet".

Suivant le Groupe de travail, en dépit du fait qu'il devait mieux protéger les victimes, l'article 142 a été interprété par les tribunaux de façon à exposer davantage les victimes au harcèlement devant le tribunal. Si la façon dont les tribunaux ont appliqué l'article 142 constitue un indice quelconque, il est à craindre que le fait de laisser les juges exercer leur pouvoir discrétionnaire plutôt qu'appliquer les articles 246.6 et 246.7 nuira aux objectifs du législateur en matière de protection des victimes actuelles et éventuelles.

En s'appuyant sur la décision R. c. Scopelliti, un auteur a avancé que les articles 246.6 et 246.7 défavorisaient davantage la personne accusée d'une agression sexuelle que celle qui était inculpée d'une autre infraction de violence contre la personne[52]. Cet argument suppose que les articles 246.6 et 246.7 sont incompatibles avec l'objectif global du projet de loi C-127 qui visait à mettre l'accent sur l'aspect violent de l'agression sexuelle.

Avant de porter un jugement sur cette affirmation, il importe de se rappeler que, **en règle générale,** dans les affaires qui ne sont pas d'ordre sexuel, ni la Couronne ni la défense ne peut faire la preuve de la moralité de la victime[53]. Dans ce genre d'affaire, la preuve du comportement de la victime est jugée non pertinente. Dans Scopelliti, la cour a permis à la défense de faire la preuve de la prédisposition de la victime à la violence, à titre d'exception à la règle générale. Cette exception s'applique habituellement dans les affaires d'homicide où l'accusé prétend avoir agi en légitime défense[54]. Permettre, dans les affaires d'agression sexuelle, de présenter une preuve relative aux antécédents sexuels de la victime en s'appuyant sur Scopelliti reviendrait tout simplement à créer une autre exception à la règle générale.

La façon dont le tribunal a appliqué cette exception dans la décision Scopelliti se justifiait peut-être. Par contre, son application par analogie aux affaires d'agression sexuelle soulève un problème. À vrai dire, le tribunal établit ainsi un parallèle entre la prédisposition à la violence et la prédisposition à être sexuellement actif. Dans le premier cas, il s'agit d'un comportement criminel en soi qui ne fait pas partie des rapports sociaux acceptables. Le principe que sous-tend ce raisonnement est le suivant : la victime qui est agressée physiquement par une autre personne ou qui connaît le caractère violent de cette dernière a le droit de se défendre contre la menace actuelle ou présumée que représente cet agresseur[55]. En appliquant ce raisonnement à l'individu sexuellement actif, on laisse entendre que son comportement est, tout comme le comportement violent, d'une certaine façon indésirable ou criminel et qu'il donne à autrui le droit de rendre la pareille.

Nous croyons que souscrire implicitement à ce raisonnement - qui découle de l'application de la décision Scopelliti aux cas d'agression sexuelle - n'est pas conforme aux moeurs sexuelles du 20e siècle. Il est également impossible de justifier ce raisonnement en alléguant qu'il est compatible avec les règles de preuve applicables au prévenu accusé d'autres infractions de violence contre la personne.

RENVOIS

1 C.L.M. Boyle, Sexual Assault, Toronto, Carswell, 1984, p. 149; S. Parker, "The 'New' Sexual Offences" (1983) 31 C.R (3e) p. 148 à 150; W.B. Smart "Adducing Evidence Concerning the Sexual Activity of the Complainant With Persons Other than the Accused" dans The New Sexual Assault Legislation, Vancouver, Continuing Legal Education, 1983, p. 4.1.04 à 4.1.07; D. Watt, The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127, Toronto, Butterworths, 1984, p. 202 à 204, 193.

2 Watt, supra, note 1.

3 Smart, supra, note 1, à la p. 4.1.02.

4 D. H. Doherty, "'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial" (1984) 40 C.R. (3e) 55; Doherty reconnaît que l'article 246.7 sera probablement jugé constitutionnel.

5 Loi constitutionnelle de 1982 [édictée par la Loi de 1982 sur le Canada, chap. 11, annexe B (R.-U.)].

6 (1984) 40 C.R. (3e) 41 (C.B.R. Man.).

7 Jugement non encore publié rendu le 12 juin 1985 par la C.S.C.-B. Appel en instance devant la C.A.C.-B.

8 Jugement non encore publié rendu le 24 mai 1985 par la C.S.C.-B.

9 (1985) 6 C.R.D. 725.300-01 (C.S.T.N.-O.).

10 La défense s'est pourvue devant la Cour d'appel du Manitoba qui a rejeté l'appel pour des motifs d'ordre procédural. Voir : Re Bird and Peebles c. La Reine 1984 12 C.C.C. (3e) 523.

11 R. Bird and Peebles c. La Reine, supra, note 6.

12 En l'espèce, le juge a fait sienne l'analyse formulée par la Commission de réforme du droit du Canada dans son Document de travail sur les infractions sexuelles. Voir : Document de travail n° 22 : Les infraction sexuelles, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, p. 21.

13 Doherty, supra, note 4.

14 (1979) 260 S.E. (2e) 257 (C.A. Virginie occidentale).

15 Supra, note 7.

16 La Reine c. LeGallant, supra, note 7, à la p. 5.

17 (1981) 63 C.C.C. 481 (C.A. Ont.).

18 Ibid., aux p. 492 et 493.

19 La Reine c. LeGallant, supra, note 7, à la p. 6.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Supra, note 5, article 1.

23 La Reine c. LeGallant, supra, note 7, à la p. 7.

24 Supra, note 8.

25 La Reine c. LeGallant, supra, note 7, à la p. 8.

26 Arrêt non encore publié rendu le 24 avril 1985 par la Cour suprême du Canada. Motifs du juge en chef Dickson.

27 La Reine c. LeGallant, supra, note 7 à la p. 9.

28 Nulle mention n'est faite de l'article 246.7 dans le dossier de l'instance qu'a examiné l'auteur. (Il convient de noter que le juge n'y avait pas encore apposé sa signature). Suivant les avocats et les reportages parus dans les journaux sur ce procès, Mme le juge McLachlin aurait laissé entrevoir, dans ses observations orales, que son jugement avait aussi pour effet de déclarer invalide l'article 246.7. Voir : "6 Sex Laws Violate Rights, says Judge; Teacher Acquitted", Victoria Times Colonist, 15 juin 1985, p. 1.

29 Supra, note 17, à la p. 495.

30 Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1983, p. 77.

31 Ibid.

32 Ibid. à la p. 101.

33 R. c. Drouin (1910) 15 C.C.C. 205 (C.B.R. Québec); R. c. Scott (1910) 15 C.C.C. 442 (H.C. Ont.).

34 Groupe de travail, supra, notre 30, à la p. 77; C. Backhouse et L. Schoenroth, "A Comparative Study of Canadian and American Rape Law" (1984), 7 Can. U.S. L.J. 172, à la p. 194.

35 Groupe de travail, supra, note 30.

36 Smart, supra, note 1, à la p. 4.1.03

37 Groupe de travail, supra, note 30, à la p. 77.

38 Ibid.

39 Ibid. à la p. 77.

40 Ibid. aux p. 77 et 78; J. Scutt, "Admissibility of Sexual History Evidence and Allegations in Rape Cases" (1979), 53 A.L.J. 817; K. Catton, "Evidence Regarding the Prior Sexual History of and Alleged Rape Victim - It's Effect on the Perceived Guilt of the Accused" (1975), 33 Univ. of Tor. Fac. of Law, Rev. 165.

41 La Reine c. LeGallant, supra, note 7, aux p. 8 et 9.

42 Supra, note 9.

43 (1984) 13 W.C.B. 86 (C.A.C.-B.).

44 Ibid. à la p. 2 (motifs intégraux du jugement).

45 La Reine c. LeGallant, supra, note 7; R. c. Oquantaq, supra, note 42.

46 Supra, note 5, article 7 et alinéa 11d).

47 Selon Backhouse et Schoenroth, l'adoption de dispositions législatives protégeant les victimes de viol par l'État du Michigan a amené un soulagement des traumatismes subis par les victimes et une augmentation importante des plaintes. Voir : Backhouse supra, note 34, à la p. 197.

48 Ibid.

49 Catton, supra, note 40.

50 Ibid.; voir également, Groupe de travail, supra, note 29 à la p. 77. Suivant le groupe de travail :

> Grâce à ces règles, l'accusé ou plutôt son avocat peut, par un contre-interrogatoire de la victime, concentrer l'attention du procès non plus sur sa culpabilité, mais plutôt sur la moralité de la victime.

51 Groupe de travail, supra, note 30, à la p. 84.

52 Doherty, supra, note 4, à la p. 58.

53 Groupe de travail, supra, note 30, à la p. 101

54 Ibid.

55 Dans l'affaire LeGallant, l'analyse du tribunal était quelque peu différente étant donné que l'accusé n'était pas au courant des relations sexuelles antérieures de la victime. LeGallant désirait simplement soumettre en preuve les antécédents sexuels de la victime pour démontrer la **probabilité** que la victime soit **en fait** l'agresseur.

4. Rapports entre le paragraphe 442(3) du Code et l'alinéa 2b) de la Charte

Le libellé actuel du paragraphe 442(3) du Code dispose que lorsqu'une personne est accusée d'inceste, de grossière indécence ou de l'une ou l'autre des agressions sexuelles prévues au Code et que le plaignant ou le poursuivant en fait la demande, le juge doit rendre une ordonnance interdisant la publication de l'identité du plaignant dans les journaux et à la radio ou à la télévision. L'ordonnance interdit également la publication de renseignements qui permettraient de découvrir l'identité du plaignant. Suivant le paragraphe 442(3.1), le juge est également tenu d'aviser le plaignant de son droit de demander une ordonnance de non-publication en vertu du paragraphe (3).

Les paragraphes 442(3) et 442(3.1) visent à soulager la victime du stress psychologique associé à la publicité d'un crime qui a habituellement pour effet de la stigmatiser[1]. En protégeant le droit à la vie privée du plaignant, ces articles ont également pour effet d'encourager les victimes à signaler les crimes de violence sexuelle[2].

L'avenir du paragraphe 442(3) demeure toutefois incertain à la suite de la décison que vient de rendre la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Canadian Newspaper c. Canada[3]. Dans cette affaire, la constitutionnalité du paragaphe 442(3) était attaquée au motif que cette disposition violait la liberté de presse et le droit à un procès public[4]. Dans cette affaire, le prévenu était accusé d'avoir agressé sexuellement sa femme. Cette dernière avait demandé une ordonnance interdisant la divulgation de son identité, conformément au paragraphe 442(3). Une compagnie de journaux, la Canadian Newspapers Co., avait alors demandé à la Cour de déclarer le paragraphe 442(3) inconstitutionnel au motif qu'il violait les alinéas 2b) et 11d) de la Charte[5].

La Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que le paragraphe 442(3) violait à première vue la liberté de presse garantie par la Charte. La Cour a également statué que la partie du paragraphe 442(3) qui obligeait le juge à rendre l'ordonnance de non- publication ne se justifiait pas en vertu de l'article 1 de la Charte. Cette partie du paragraphe en question était donc invalide. La partie de l'article qui accordait un pouvoir discrétionnaire était cependant raisonnablement justifiable. Ainsi donc, le paragraphe 442(3) a été déclaré valide, à l'exception de l'expression "ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit"[6]. Ces mots ont donc été retranchés entièrement de l'article.

Texte intégral du paragraphe 442(3)	Paragraphe 442(3) sans sa disposition obligatoire
(3) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction	(3) Lorsqu'une personne est accusée

> infraction visée à l'article 246.4, le juge qui préside le procès, le magistrat ou le juge de paix peut, ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité du plaignant ou des renseignements qui permettraient de la découvrir.
>
> d'une infraction visée à l'article 246.4, le juge qui préside le procès, le magistrat ou le juge de paix peut rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité du plaignant ou les renseignements qui permettraient de les découvrir.

Ainsi donc, en raison de la décision Canadian Newspaper, la confidentialité du nom du plaignant n'est pas garantie. C'est une question que le juge doit trancher dans chaque cas.

Pour en arriver à cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario a soutenu que les limites à l'accessibilité du public aux procédures judiciaires ne pouvaient se justifier que lorsque d'autre part, des valeurs sociales contraires de plus grande valeur étaient en jeu[7]. La Cour a jugé que la nécessité de traduire en justice les personnes qui perpétrent les infractions sexuelles visées au paragraphe 442(3) constituait une valeur plus importante. La Cour a néanmoins jugé que cet intérêt pouvait être suffisamment protégé par l'exercice des pouvoirs discrétionnaires conférés au juge :

> [TRADUCTION]
> L'administration de la justice dépend de la confiance du public envers la magistrature. Le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de ne pas faire en vertu du paragraphe 442(3) est une garantie suffisante pour protéger l'identité du plaignant. Dans la plupart des cas, le juge la rendra sans aucun doute d'office. Toutefois, dans les cas exceptionnels où il n'y a pas lieu de la rendre, le juge qui préside le procès devrait conserver sa latitude[8].

La Cour s'est inspirée de textes de loi équivalents adoptés dans d'autres "sociétés libres et démocratiques"[9] qui n'obligeaient pas le juge à rendre une ordonnance de publication dès qu'on lui en faisait la demande mais laissait cette décision au pouvoir discrétionnaire du tribunal.

La Cour en est venue à une conclusion différente à propos de l'argument suivant lequel la Canadian Newspapers prétendait que le paragraphe 442(3) portait atteinte au droit à un procès public. La Cour a jugé que cette disposition du Code criminel ne venait pas à l'encontre de l'alinéa 11d), car le droit à un procès public était accordé à l'accusé et non aux représentants des médias ni au public en général[10].

Conclusion

Le paragraphe 442(3) traduit une volonté légitime de protéger la vie privée des victimes et de les encourager à dénoncer des crimes de violence sexuelle. En revanche, dans une décision récente, la Cour d'appel de l'Ontario a contesté la constitutionnalité de cet article en invoquant les restrictions qu'il apporterait à la liberté de presse.

Suivant l'arrêt Canadian Newspapers c. Canada, la partie du paragraphe 442(3) qui oblige le juge à rendre une ordonnance interdisait la publication ou la diffusion de l'identité du plaignant est inconstitutionnelle. Le reste du paragraphe demeure cependant valide.

Le droit de la plaignante à sa vie privée ne sera plus automatiquement protégé, à sa demande, à la suite du prononcé de l'arrêt Canadian Newspaper c. Canada, dans le cas d'agression sexuelle, de grossière indécence et d'inceste. La question sera laissée à l'appréciation du juge. Étant donné l'incertitude dans laquelle elle sera placée, la victime hésitera probablement à porter plainte en cas d'agression sexuelle[11]. Étant donné que les poursuites seront de ce fait entravées, cette décision limite indirectement la protection accordée aux individus contre les relations sexuelles non désirées.

Sur le plan logique, on pourrait prétendre, en supposant que l'objectif du projet de loi C-127 consiste à traiter les victimes d'agression sexuelle sur le même pied que les victimes des autres infractions de violence, que rien ne justifie la règle spéciale contenue au paragraphe 442(3). Cette disposition sous-entend effectivement que la plaignante a quelque chose à cacher et qu'elle est en partie responsable de ce qui lui est arrivé ou que cette expérience l'a moralement souillée.

À long terme, cette thèse pourrait s'avérer bien fondée. À court terme, elle méconnaît cependant le fait qu'en dépit du changement de terminologie apporté par les modifications de 1983 et le remplacement du mot "viol" par celui d'"agression sexuelle", l'effet de stigmatisation qui s'attache aux victimes d'agression sexuelle continue à exister.

C'est sans doute à cause du fait que, à la différence des autres crimes de violence, les agressions sexuelles ressemblent beaucoup à des rapports extrêmement intimes auxquels les

personnes se livrent, dans d'autres circonstances, de leur plein gré[12], qu'il est parfois difficile de se rappeler qu'il s'agit de crimes publics de violence plutôt que d'actes personnels contraires aux bonnes moeurs.

Les agressions sexuelles ont également considérablement retenu l'attention des médias. On pourrait donc prétendre que les conséquences de la divulgation de l'identité de la victime sont beaucoup plus lourdes que dans le cas de voies de fait simples. Pour cette raison, certains prétendent que la protection spéciale énoncée à l'article 442 peut se justifier. Pour reprendre les mots de la Commission de réforme du droit :

> À cause de la nature privée de la conduite sexuelle et de l'intérêt poussé que témoignent pour des questions semblables certains représentants de la presse écrite ou parlée, c'est à l'État que revient la responsabilité de prévoir cette protection. Elle doit être accordée lorsque les conséquences de la publication des renseignements obtenus par l'enquête ou au cours du procès peuvent avoir un effet dépassant largement celui de la peine officielle prévue pour l'infraction.

RENVOIS

1 Document de travail n° 22 : les infractions sexuelles, Commission de réforme de droit du Canada, 1978, p. 17.

2 "Court lifts Ban on Indentifying Rape Victims," Toronto Star, 14 février 1985, p. 18.

3 Répertoriée sous le titre de Canadian Newspapers Co. c. Canada; R. v. DD. (1985), 7 O.A.C. 161.

4 Loi constitutionnelle de 1982 [édictée par la Loi de 1982 sur le Canada, chap. 11, annexe B, (R.-U.)], alinéas 2b) et 11d).

5 La demande a été introduite dans le cadre d'une instance civile au moyen d'un avis introductif d'instance. La compagnie a également demandé d'intervenir dans le procès criminel intenté contre l'accusé. La Haute Cour de justice de l'Ontario a toutefois refusé d'accorder à la compagnie de publication la permission d'intervenir au procès criminel. L'appel de cette décision a été rejeté. La compagnie a toutefois obtenu gain de cause dans le procès civil.

6 Canadian Nespapers c. Canada; R c. D.D., supra, note 3, à la p. 179.

7 Ibid., à la p. 175.

8 Ibid., à la p. 178.

9 Ibid., aux p. 176 à 178. Parmi les pays étudiés, on note le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis.

10 Ibid., à la p. 179.

11 Suivant certains conseillers de centres d'accueil de victimes d'agression sexuelle, la confidentialité est une des principales préoccupations qu'ont les femmes qui envisagent la possibilité de s'adresser à la police. Voir : supra note 2 et "To name or not to name, that's the question," Montreal Gazette, 11 avril 1985, p. B3.

12 Commission de réforme du droit, supra, note 1, à la p. 21.

III. LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

Aux termes de l'article 246.1, le premier niveau d'agression sexuelle est une infraction hybride. À ce titre, elle peut donner lieu à un poursuite sommaire ou à une poursuite par voie de mise en accusation. Si la poursuite procède par voie sommaire, le contrevenant est passible d'une amende d'au plus 500 $ ou d'une peine d'emprisonnement de six mois ou des deux[1].

À l'article 246.2, l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles sont considérées comme des infractions graves. Il s'agit d'un acte criminel qui rend son auteur passible d'une peine d'emprisonnement de quatorze ans.

L'agression sexuelle grave est la forme la plus grave d'agression sexuelle. La peine maximale prévue pour cette infraction est l'emprisonnement à perpétuité.

Le tableau suivant[2] indique l'échelle de gravité des infractions des trois niveaux d'agression sexuelle en question par rapport aux infractions comparables qui existaient avant les modifications de 1983 :

Attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin	5 ans	Agression sexuelle	10 ans
Attentat à la pudeur d'une personne de sexe masculin; tentative de viol	10 ans	Agression sexuelle armée, etc.	14 ans
Viol	Emprisonnement à perpétuité	Voies de fait grave	Emprisonnement à perpétuité

Bien que les peines maximales pour les trois niveaux d'agression sexuelle sont fixées par la loi, la peine à infliger sera déterminée par les juges suivant les faits de chaque espèce. Les nouvelles dispositions contiennent peu de directives à cet égard[3]. Si l'on se fie aux peines qui étaient jusqu'à maintenant appliquées à l'égard des infractions sexuelles abrogées, les juges donneront beaucoup d'importance au principe de la dissuasion pour déterminer la peine à appliquer à l'égard des formes les plus graves d'agression sexuelle[4].

Dans son article intitulé "Making Silk Purse? Sentencing: The 'New' Sexual Offences", Paul Nadin-Davis affirme qu'en modifiant la peine maximale prévue par la loi pour les différents degrés d'agression sexuelle, le Parlement ne cherchait pas à rendre plus ou moins lourdes les peines applicables pour les infractions sexuelles. Il cherchait plutôt à accorder une plus grande latitude aux juges en matière de détermination de la peine et à faciliter ainsi les condamnations[5]. Suivant Nadin-Davis, si l'on fait abstraction de cette volonté de donner un plus grand pouvoir discrétionnaire au juge, [TRADUCTION] "... il existe peu d'indices au sujet de la volonté du législateur en ce qui concerne la détermination de la peine"[6].

Étant donné la plus grande latitude accordé au juge en matière de détermination de la peine à la suite de l'adoption des modifications de 1983, beaucoup des caractéristiques condamnables des anciennes dispositions de fond et de preuve en matière d'agression sexuelle risquent de refaire surface au moment de la détermination de la peine[7]. Parmi ces caractéristiques, on note : 1) une importance exagérée à l'absence de pénétration; 2) le fait que les antécédents sexuels du plaignant en général ou ses rapports sexuels antérieurs avec l'accusé en particulier soient considérés comme des facteurs atténuants[8]; 3) l'opinion suivant laquelle le mode de vie de la victime augmente d'une certaine façon ses risques d'être agressée sexuellement[9].

Si les peines infligées sont réduites de façon sensible à cause de ces facteurs, certains des objectifs du législateur seront mis en péril. La protection des victimes potentielles par l'application du principe de la dissuasion sera diminuée et le problème du harcèlement des victimes devant le tribunal perdurera.

A la lecture des peines infligées dans les décisions rendues sous le régime des articles 246.1, 246.2 et 246.3, on constate dans quelle mesure les diverses peines appliquées et les facteurs considérés par les tribunaux pour les fixer tiennent compte des objectifs du législateur dans ce domaine litigieux.

En ce qui concerne l'article 246.1, on constate que les peines les plus lourdes varient de 7 à 12 ans d'emprisonnement[10] à l'extrémité supérieure de l'échelle jusqu'à une condamnation avec sursis de trois mois[11] à l'autre extrémité. En comparaison, les peines variaient de 3 à 8 ans sous le régime des dispositions abolies en matière de viol[12]. Ainsi donc, pour ce qui concerne l'article 246.1, les peines les plus souvent appliquées à l'heure actuelle semblent traduire jusqu'à un certain point la plus grande souplesse prévue par les modifications de 1983.

Parmi les facteurs qui influencent le degré de rigueur des peines appliquées en vertu de l'article 246.1, on note la nature des actes sexuels, le degré de violence exercée, le fait que la victime ait été menacée de mort, l'abus d'autorité de la personne en position de confiance et les chances de réadaptation de l'accusé.

En règle générale, dans les affaires ayant donné lieu à des peines de quatre ans ou plus, il y avait eu relations sexuelles[13]. Les tribunaux ont infligé des peines moins lourdes lorsqu'il n'y avait pas eu relation sexuelle complète mais seulement fellation, cunnilinctus ou manipulation des organes génitaux[14].

Le degré de violence exercée par l'agresseur semble également constituer un facteur qui a amené les tribunaux à appliquer des peines plus lourdes[15]. Ainsi, dans l'arrêt R. c. Imlay[16], la Cour a jugé que l'accusé était un criminel dangereux et lui a infligé un peine de 14 ans d'emprisonnement pour avoir attaqué une jeune femme et lui avoir tordu et brisé le bras. Le fait de menacer la victime de mort et d'utiliser une arme ont également donné lieu à des peines plus lourdes. Dans l'arrêt R. c. Barr[17], l'accusé était entré par effraction dans le domicile de la victime et avait menacé à la pointe du couteau de la tuer si elle criait. La Cour a imposé une sentence de huit ans d'emprisonnement en soulignant que dans ce genre d'affaire, la peine normale pourrait varier de 6 à 8 ans. Dans le même sens, dans l'arrêt R. c. Lafford[18], la cour a confirmé une peine de huit ans dans une affaire où l'accusé avait menacé la victime à la pointe du couteau et lui avait infligé des sévices corporels en la battant. La cour a jugé que ces incidents constituaient des facteurs aggravants.

L'âge de la victime et l'abus d'une relation de confiance semblent constituer des circonstances aggravantes. Quoiqu'il en soit, dans une foule d'affaires mettant en cause notamment des jeunes victimes, les tribunaux ont appliqué les peines minimales. Ainsi, dans l'arrêt R. c. Munsie[21], l'accusé s'était livré à des actes de cunnilinctus sur un enfant de 2½ ans. La cour lui infligea seulement une peine de trois mois assortie d'une période de probation de trois ans, au motif qu'en dépit du jeune âge de la victime, aucune relation de confiance n'existait avant l'infraction. Pareillement, dans l'arrêt R. c. Sandeman-Allen[22], le tribunal a appliqué une peine de 9 mois et imposé une période de probation de 3 ans dans une affaire où l'accusé avait manipulé les organes génitaux d'une enfant de 2 ans et avait éjaculé dans sa bouche.

Dans les affaires où les peines les moins sévères ont été appliquées, les tribunaux ont été influencés par les chances de réadaptation de l'accusé ou le peu de probabilité qu'il récidive[23].

Tant dans les affaires où les peines maximales et minimales ont été appliquées, les tribunaux ont fait ressortir la nécessité de donner plus d'importance à l'effet général de dissuasion lorsqu'il s'agit de déterminer la peine qu'il convient d'infliger pour l'infraction prévue à l'article 246.1. Dans les affaires où ils ont appliqué la peine minimale, les tribunaux ont toutefois donné une importance considérable à la nécessité de décourager le prévenu en cause de commettre à nouveau la même infraction[25].

En règle générale, il ne semble pas que les facteurs atténuants ou aggravants dont les tribunaux ont tenus compte pour déterminer la peine dans les affaires rendues sous le régime de l'article 246.1 laissent entrevoir un retour aux aspects condamnables des dispositions de fond et de preuve en vigueur avant 1983. De façon générale, les tribunaux n'ont pas jugé pas pertinents à la détermination de la peine les antécédents sexuels de la plaignante ou son train de vie. Ainsi, dans une affaire, le fait que la plaignante faisait de l'auto-stop au moment où l'accusé l'avait fait monter à bord de sa voiture fut considéré comme une circonstance neutre par le tribunal[26].

D'autre part, la présence ou l'absence de pénétration semble continuer à influencer la sentence. En mettant l'accent sur ce facteur, le tribunal fait porter le procès sur la divulgation de détails sexuels intimes plutôt que sur la violence physique exercée. Cela risque de soumettre les victimes au harcèlement à l'audience.

Les peines infligées en vertu de l'article 246.2 sont légèrement plus lourdes que celles qui sont prononcées sous le régime de l'article 246.1, ce qui réflète le fait que cette infraction est plus grave[27]. Les peines les plus lourdes varient d'un peine d'emprisonnement de huit ans à une peine d'une durée indéterminée[28] (suivant les dispositions relatives aux criminels dangereux). Les peines les moins lourdes varient de deux à quatre ans d'emprisonnement[29].

Tout comme dans le cas de l'article 246.1, les peines les plus lourdes infligées en vertu de l'article 246.1 concernent des cas comportant un degré de violence particulièrement élevé[30]. Les chances de réadaptation semblent avoir été considérées comme un facteur atténuant dans les décisions rendues en vertu de cet article[31].

Dans les sentences prononcées en vertu de l'article 246.2, les tribunaux ont souligné la nécessité que la peine serve de préventif général et particulier au crime.

Tout comme dans le cas des affaires rendues sous le régime de l'article 246.1, les tribunaux chargés d'appliquer l'article 246.2 ont de façon générale jugé non pertinente la question du comportement de la plaignante soulevée par l'avocat de la défense. Dans la décision R c. Terceira[32], par exemple, la cour a jugé que le fait que la plaignante était une prostituée n'atténuait pas le degré de gravité de l'infraction. Par ailleurs, la cour n'a pas considéré, dans la décision R. c. Baynham et al., pertinent le fait que la plaignante avait pénétrée de son plein gré dans la résidence où l'infraction avait été ensuite commise :

> [TRADUCTION]
> La question à laquelle je fais allusion est l'étourderie dont aurait fait preuve la

> plaignante en décidant de pénétrer dans la maison. Le fait que le plaignante ait manqué ou non de jugement en posant ce geste n'a rien à voir ... Prétendre le contraire revient à dire que, en l'espèce, la plaignante, ou toute autre personne placée dans des circonstances analogues, "a couru après" pour reprendre l'expression populaire. Il s'agit là d'une façon inacceptable et intellectuellement irrationnelle d'aborder ce genre d'affaire[33].

En adoptant ce raisonnement, les tribunaux s'écartent des aspects plus condamnables des règles de droit abrogées en matière de viol qui sous-entendaient que les femmes sexuellement actives étaient suspectes et n'avaient pas droit à la pleine protection de la loi[34].

En ce qui concerne l'article 246.3, il est difficile de déceler une tendance en matière de détermination de la peine, étant donné le nombre limité d'affaires publiées[35]. Dans l'arrêt R. c. Smith, l'accusé avait battu et étranglé la plaignante jusqu'à ce qu'elle se taise et l'avait menacée de mort. Il l'avait ensuite forcée à se livrer à des attouchements buccaux sur sa personne et avait pratiqué plusieurs actes sexuels sur la victime sans toutefois avoir de rapport sexuel complet. La cour prononça une peine de trois ans d'emprisonnement et rendit une ordonnance lui interdisant pour cinq ans le port d'armes. La cour estima qu'il s'agissait là de la peine minimale pour ce genre d'infraction et souligna la nécessité que la peine serve de préventif général et le fait que l'accusé avait de bonnes chances de se réadapter.

Dans l'arrêt R. c. Connors, la cour a infligé une peine de 14 ans d'emprisonnement[37]. Dans cette affaire, l'accusé avait enlevé une enfant de 7 ans, l'avait séquestrée pendant 12 heures et l'avait forcée à se livrer à des actes sexuels. La cour a estimé que les actes de violence commis n'étaient pas suffisamment graves pour justifier une peine d'emprisonnement à perpétuité. La cour jugea cependant à propos de prononcer une peine de 14 ans d'emprisonnement, eu égard aux peines infligées à d'autres prévenus pour des infractions similaires, la gravité de l'infraction et le fait que l'accusé avait été condamné pour attentat à la pudeur quelques années auparavant.

Conclusion

Les peines maximales prévues par la loi pour les trois paliers d'agression sexuelle sont plus élevées que les maxima prévus par le Code pour les infractions comparables énoncées dans les dispositions antérieures à 1983. Si l'on fait exception de la limite maximale prévue par le texte de loi, les articles 246.1, 246.2 et 246.3 donnent bien peu d'indications aux tribunaux sur la question de la gamme appropriée de peines applicables pour les différents paliers d'agression. Suivant Nadin-Davis, cela ne se découle pas d'une volonté du législateur

d'encourager les tribunaux à appliquer des peines plus lourdes, mais de son désir d'accorder une plus grande souplesse aux juges en matière de détermination de la peine en vue de faciliter les condamnations[38].

En ce qui concerne les articles 246.1 et 246.2, la variété de peines infligées par les tribunaux semble traduire la souplesse des nouvelles dispositions. Si ces dernières facilitent effectivement les condamnations, les personnes seront mieux protégées contre les agressions sexuelles grâce au principe de la dissuasion.

Certains ont fait valoir que, compte tenu du degré de pouvoir discrétionnaire exercé par les juges en matière de détermination de la peine sous le régime des articles 246.1, 246.2 et 246.3, on pourrait assister à un retour en force, à l'étape de la détermination de la peine, de certains des aspects discutables des règles de droit abrogées en matière de viol. En règle générale, les peines imposées dans les affaires que nous avons analysées dans la présente étude ne suivent pas cette tendance. Dans ces affaires, les tribunaux ont souligné la nécessité d'appliquer des peines qui découragent les autres personnes de commettre des infractions semblables. Cette préoccupation s'accorde avec l'objectif poursuivi par le législateur en matière de défense de l'intégrité de la personne et de sa protection contre les actes sexuels non désirés.

Dans les affaires rendues sous le régime des articles 246.1 et 246.2, les tribunaux ont également considéré que la violence qui accompagnait l'agression constituait un facteur aggravant. Les tribunaux ont ainsi fait ressortir de façon adéquate l'aspect violent que comporte ce genre d'agression.

En règle générale, les tribunaux n'ont pas considéré que les antécédents sexuels ou le mode de vie de la victime justifiaient une peine moins lourde sous le régime des articles 246.1 et 246.2. En fait, dans certaines affaires où les antécédents de la victime avaient été soulevés, les tribunaux ont précisé qu'ils n'avaient rien à voir avec la sévérité de la peine. Ainsi, dans la décision R. c. Terceira[40], le fait que la plaignante était prostituée n'a aucunement influencé la détermination de la peine. De la même façon, dans la décision R. c. Page[41], le fait que la plaignante faisait de l'auto-stop au moment où le prévenu l'a fait monter à bord n'a pas été considéré comme un facteur atténuant.

Bien que le mode de vie et les antécédents sexuels de la victime ne semblent pas influencer la détermination de la peine, la présence ou l'absence de pénétration continue à être considéré comme un facteur aggravant par les tribunaux. Cette conception peut se justifier si les rapports sexuels sont considérés comme une atteinte plus grave à l'intégrité physique de la personne que les autres actes sexuels non désirés. Néanmoins, en faisant ressortir cet élément sans tenir compte du degré général de

violence exercée contre la victime, cette dernière risque d'être forcée à mettre l'accent sur les détails physiques de l'agression. Cela pourrait entraîner le harcèlement de la victime à l'audience.

Il y a toutefois lieu de s'inquiéter encore plus de la façon dont les tribunaux déterminent les peines dans les affaires mettant en cause des victimes en bas âge. Bien que l'âge de la victime et l'abus d'une situation de confiance sont invoqués comme circonstances aggravantes, beaucoup d'affaires qui mettaient en cause des victimes en bas âge se sont soldées par l'imposition des peines minimales[42]. Étant donné la gravité et l'étendue du problème de l'abus sexuel des enfants, ces peines relativement légères sont quelque peu anormales. Si cette tendance se maintient, la protection des enfants contre les relations sexuelles demeurera limitée.

En ce qui concerne l'article 246.3, le nombre d'affaires publiées jusqu'à maintenant est trop limité pour qu'on puisse déceler les tendances des tribunaux en matière de détermination de la peine.

RENVOIS

1 C'est la peine générale applicable pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Voir le paragraphe 722(1) du Code.

2 C.L.M. Boyle, Sexual Assault, Toronto, Carswell, 1984, p. 172.

3 Ibid.

4 R.P. Nadin-Davis, "Making a Silk Purse? Sentencing: The 'New' Sexual Offences" in The New Sexual Assault Legislation, Vancouver, Continuing Legal Education, 1983, p. 10.2.01, aux p. 10.2.08 et 10.2.09.

5 Ibid., à la p. 10.2.02.

6 Ibid., à la p. 10.2.04.

7 Ibid., à la p. 10.2.11.

8 Voir : "Judge's comments on assault case anger women's groups," Ottawa Citizen, 17 mai 1985, p. A-5, à propos d'une affaire dans laquelle un juge de la Cour suprême de l'Ontario en est venu à la conclusion, pour fixer la peine applicable à la suite d'une inculpation d'agression sexuelle, que la gravité de l'infraction était diminuée en raison du fait que la victime avait déjà eu des relations avec l'accusé.

9 Voir, par exemple : R. c. Brown (1983) 34 C.R. (3e) 191 (C.A. Alb.) cité par Boyle supra, note 2 à la p. 176, dans laquelle le tribunal a réduit à quatre ans d'emprisonnement une peine de huit ans, au motif que la plaignante avait une part de responsabilité étant donné qu'elle était montée à l'appartement de l'accusé entre 2 h et 3 h du matin; voir également : "Bowlby J. catches flak overt courtroom remarks," Ontario Lawyer's Weekly, 22 février 1985, p. 2, à propos d'une affaire dans laquelle le juge Bowlby avait, lors du prononcé de la sentence dans une affaire d'agression sexuelle, qualifié la plaignante, qui était effeuilleuse, de personne exerçant un métier qui favorisait la [TRADUCTION] "concupiscence".

10 R. c. Lizotte [1985] B.C.D. Crim. Sent. 7517-03 (C.A.C.-B.); R. c. Barr [1985] B.C.D. Crim. Sent. 7517-01 (C.A.C.-B.); R. c. Bouck (1983) Cdn. Sentencing Digest par. 75A.5 (C.A.C.-B.); R. c. Lafford (1983) 11 W.C.B. 47 (C.A.N.-É.).

11 R. c. Baillie (1984) 12 W.C.B. 458 (H.C.J. Ont.); R. c. Munsie (1983) 9 W.C.B. 487 (C.A.C.-B.); R. c. King (1984) B.C.D. Crim. Sent. 7517-06 (C.A.C.-B.); R. c. Smaaslet [1985] B.C.D. Crim. Sent. (C.A.C.-B.); R. c. Kippenhuck (1984) 45 Nfld. and P.E.I.R. 179 (C.A.T.-N.); R. c. Herritt (1984) 12 W.C.B. 179 (C.A.N.-É.).

12 R.P. Nadin-Davis, Sentencing in Canada, Toronto, Carswell, 1982, p. 234 à 237; en revanche, Ruby fait varier entre 1 et 12 années les peines d'emprisonnement pour viol. Voir Boyle, supra, note 2 à la p. 173.

Lorsqu'on compare les différentes peines appliquées pour l'ancienne infraction de viol et la nouvelle infraction d'agression sexuelle, il importe de se rappeler que certaines des formes les plus graves d'agression sexuelle qui auraient anciennement donné lieu à une inculpation de viol feront maintenant l'objet d'un accusation en vertu des articles 246.2 et 246.3, et non en vertu de l'article 246.1.

13 R. c. Barr, supra, note 10; R. c. Bouck, supra, note 10; R. c. Lafford, supra, note 10; R. c. T. (1984) 12 W.C.B. 114 (C.A. Alt.).

14 R. c. Munsie, supra, note 11; R. c. Sandeman-Allen (1984) 12 W.C.B. 82 (C.A.C.-B.); R. c. Smaaslet, supra, note 11; R. c. Kippenhuck, supra, note 11; R. c. Baillie, supra, note 11; R. c. F.T. (1984) 12 W.C.B. 346 (C.A. Alt.); R. c. Williams (1984) 60 N.S.R. (sd) 29 (C.A.N.-É.)

15 R. c. Barr, supra, note 10; R. c. Bouck, supra, note 10; R. c. Lafford, supra, note 10; R. c. Lizotte, supra, note 10; R. c. Imlay (1984) 75 N.S.R. (2e) 57 (C.A.N.-É.).

16 Supra, note 15.

17 Supra, note 10.

18 Supra, note 10.

19 R. c. McPherson (1984), Cdn. Sentencing Digest par. 75A.6 (C.S.T.N.-O.).; R. c. Nungag (1984) 12 W.C.B. 179 (C.S.T.N.-O.).

20 R. c. Munsie, supra, note 11; R. c. Sandeman-Allen, supra, note 14; R. c. Smaaslet, supra, note 11; R. c. Kippenhuck, supra, note 11.

21 Supra, note 11; voir également l'arrêt R. c. Milligan (1984) 12 W.C.B. 433 (C.A.C.-B.) dans lequel la cour a infligé un peine d'emprisonnement de six mois et une ordonnance de probation de trois ans dans un cas d'agression sexuelle d'un enfant de trois ans.

22 Supra, note 14.

23 Ibid., R. c. King, supra, note 11; R. c. Baillie, supra, note 11; R. c. F.T., supra, note 14.

24 C'est-à-dire la nécessité de dissuader les autres membres de la société de commettre des infractions semblables par opposition à l'effet préventif spécifique qui vise à dissuader le prévenu en cause à commettre des infractions semblables.

25 R. c. Page (1984) 12 W.C.B. 479 (H.C.J. Ont.); R. c. Milligan, supra, note 21; R. c. McCann (1984) 13 W.C.B. (C.S.C.-B.); R. c. Williams, supra, note 14.

26 R. c. Page, supra, note 25. Voir par contre : R. c. Brown, supra, note 9 et "Judge's comments on assault case anger women's groups", supra, note 8.

27 Comme le démontre la peine maximale prévue par la loi pour cette infraction.

28 R. c. Terry (1984) 11 W.C.B. 390 (Cour de comté Ont.); R. c. Lyons (1984) 65 N.S.R. (2e) 29 (C.A.N.-E); R. c. Baynham et al. (1983) 12 W.C.B. 379 (H.C.J. Ont.). En ce qui concerne l'accusé Tuckey, la cour a infligé une peine de 8½ ans d'emprisonnement.

29 R. c. Tustin (1984) 12 W.C.B. 115 (H.C.J. Ont.); R. c. Baynham et al., supra, note 28. En ce qui concerne l'accusé Walsh, la cour a infligé une peine de 4 ans d'emprisonnement; R. c. Terceira (1984) 13 W.C.B. 167 (Cour comté Ont.).

30 R. c. Terry, supra, note 28; R. c. Lyons, supra, note 28; R. c. Baynham et al., supra, note 28 en ce qui concerne Baynham et Tuckey; R. c. Wiliams (1983) 10 W.C.B. 401 (C.A.N.-E.); R. c. Fulton (1984) 12 W.C.B. 450 (H.C.J. Ont.).

31 R. c. Tustin, supra, note 29; R. c. Baynhgam et al., supra, note 28 en ce qui concerne l'accusé Walsh; R. c. Terciera, supra, note 29.

32 Supra, note 29.

33 Supra, note 28, à lap. 489 (motifs intégraux du jugement).

34 Pour une analyse des anciennes dispositions sur les antécédents sexuels de la victime, voir : troisième partie du chapitre II du présent rapport, à la p. 68.

35 Les les deux décisions publiées jusqu'à maintenant sont R c. Smith (1984) 12 W.C.B. 480 (C.A.C.-B.) et R. c. Connors (1984) 60 N.S.R. (2e) 219 (C.A.N.-É.).

36 Supra, note 35.

37 Supra, note 35.

38 Nadin-Davis, supra, note 4 à la p. 10.2.02.

39 Ibid., à la p. 10.2.11.

40 Supra, note 29.

41 Supra, note 25.

42 R. c. Munsie, supra, note 11; R. c. Sandeman-Allen, supra, note 14; R. c. Milligan, supra, note 21.

III. CONCLUSION

L'interprétation que les tribunaux ont donnée aux dispositions de 1983 n'a pas, de façon générale, favorisé la réalisation des objectifs du législateur dans la plupart des domaines litigieux. En appliquant les alinéas 2b) et 11d) et les articles 7 et 15 de la Charte, ils ont limité la protection accordée aux victimes. En outre, l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux a donné lieu à un retour aux principes traditionnels associés aux règles de droit abolies en matière de viol.

La meilleure façon de le démontrer consiste à passer en revue les questions juridiques qui ressortent par rapport à chacun des objectifs de la loi.

1. Protection de l'intégrité physique des personnes contre les relations sexuelles non consenties

Avant l'adoption du projet de loi C-127, la protection contre les crimes de violence sexuelle était limitée en raison des règles de fond et de preuve qui décourageaient les victimes de porter plainte. Le taux de plainte peu élevé nuisait à l'application du principe de la dissuasion et servait à renforcer la conviction individuelle et collective que l'on pouvait commettre des crimes sexuels impunément.

Il y a malheureusement tout lieu de croire que les victimes hésiteront encore à porter plainte étant donné la façon dont les tribunaux ont interprété les nouvelles dispositions. L'interprétation que les tribunaux ont donnée au terme "sexuelle" aux articles 246.1, 246.2 et 246.3 illustre bien ce problème. Suivant l'arrêt R. c. Chase, il faut qu'il y ait eu contact avec les organes génitaux pour qu'il y ait condamnation en vertu de l'article 246.1. Dans la décision R. c. Alderton, le tribunal a exigé que l'agression soit commise avec l'intention d'avoir des rapports sexuels. Étant donné que l'arrêt Chase a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada, les conséquences à long terme de ces deux décisions restent à préciser. Les définitions qu'ont formulées pour le moment les tribunaux dans ces affaires sont toutefois étroites et ont tendance à mettre en relief l'aspect sexuel et moral du crime plutôt que son aspect agressif. Cela a pour effet de perpétuer l'effet de stigmatisation que la société attache aux victimes et à les décourager de porter plainte.

Cette stigmatisation et cette réticence à porter plainte découlent également de jugements rendus dans d'autres domaines controversés. On note par exemple deux décisions de cours suprêmes qui ont déclaré inconstitutionnels les articles 246.6 et 246.7. Ces articles limitent la présentation d'éléments de preuve relatifs au comportement sexuel et à la réputation de la plaignante.

Suivant les arrêts R. c. Oquantaq et La Reine c. LeGallant, les articles 246.6 et 246.7 vont à l'encontre de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte. En déclarant inapplicables les dispositions protégeant les victimes de viol, ces décisions ont pour effet de remettre en vigueur les principes désuets de **common law** qui établissaient un lien entre les moeurs chastes de la victime et sa crédibilité. Jusqu'à maintenant, ces principes ont eu pour effet de décourager les victimes à dénoncer ces crimes et auront probablement le même effet si on continue à les appliquer. Cela dépendra dans une certaine mesure de la décision que rendra la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire LeGallant.

La décision Canadian Newspaper c. Canada a limité encore davantage la protection du droit des plaignants à leur vie privée. Dans cette décision, la cour a déclaré inconstitutionnelle la partie du paragraphe 442(3) qui obligeait le juge à rendre une ordonnance interdisant la publication du nom du plaignant dès que ce dernier lui en faisait la demande. Par conséquent, la victime n'est pas assurée que son droit à l'intimité sera respecté. Dans ces circonstances, la crainte de faire l'objet d'un publicité nuisible risque de décourager les victimes de porter plainte.

La jurisprudence relative à l'interprétation des nouvelles dispositions limite d'autres façons la protection des personnes contre les actes sexuels non désirés. Les définitions étroites de l'agression sexuelle formulées par la cour dans les décisions Chase et Alderton ont pour effet de ne reconnaître et protéger l'intégrité physique des personnes que dans un nombre passablement limité de situations. Dans l'arrêt Chase, la cour a exclu les attouchements non consentis aux seins et aux fesses de la définition qu'elle a donnée du mot "sexuelle". Dans la décision Alderton, la cour a exclu les agressions qui, tout en portant sur les organes sexuels, sont exécutées en vue d'humilier ou d'avilir la victime et non d'obtenir une gratification sexuelle. Ni l'une ni l'autre de ces définitions n'englobe la totalité des éléments physiques et intellectuels qui, d'après les études faites sur à ce sujet, composent dans de nombreux cas les rapports sexuels violents. Il se peut que ce problème soit réglé lorsque la Cour suprême du Canada entendra le pouvoi interjeté contre l'arrêt Chase.

Il se peut également que la protection dont jouissent les victimes éventuelles soit limitée par l'interprétation que les tribunaux donnent à l'article 246.4. Cet article abolit la nécessité de la corroboration à l'égard de certaines infractions sexuelles.

De prime abord, l'article 246.4 semble faciliter les condamnations. Cependant, cette disposition n'empêche pas les juges d'attirer l'attention du jury sur les faiblesses du témoignage de la victime. Dans la seule affaire qui ait porté sur cet article, on constate que la cour a hésité à condamner la victime sans corroboration, même s'il s'agissait d'un adulte. Le

nombre de condamnations risque d'être injustement limité si cette attitude persiste en dépit de l'article 246.4.

Bien que les décisions rendues dans la plupart des domaines controversés ont eu pour effet de limiter la protection accordée à la personne contre les relations sexuelles non désirées, les exceptions à cette tendance valent la peine d'être mentionnées. Ainsi, dans une décision récente, l'arrêt R. c. Bernard, la Cour d'appel de l'Ontario en est venue à la conclusion que l'infliction de lésions corporelles par agression sexuelle était un crime d'intention générale à propos duquel la défense d'intoxication n'était pas recevable. Il semble probable que cette décision sera également appliquée aux autres infractions d'agression sexuelle. Cette décision facilite les condamnations en déclarant irrecevable une défense dont l'accusé pourrait autrement se prévaloir.

En ce qui concerne la détermination de la peine, la diversité de peines imposées par les tribunaux en vertu des articles 246.1 et 246.2 semble également refléter une volonté de faciliter les condamnations, comme l'a laissé entendre Nadin-Davis. En outre, l'accent que les tribunaux ont mis sur l'effet dissuasif général dans ce genre d'affaires s'accorde avec la volonté du législateur d'accorder une meilleure protection aux victimes.

2. Protection des enfants contre les actes sexuels

Le projet de loi C-127 a laissé sans réponse beaucoup des principales questions relatives à l'exploitation sexuelle des jeunes, en attendant que des recherches plus poussées et que les réactions du public apportent de nouvelles lumières sur cette question. Le présent document n'a donc pas pour objet d'analyser en détail la question des infractions sexuelles mettant en cause des enfants. Quoi qu'il en soit, certains des aspects de la loi C-127 concernent particulièrement les cas où les victimes sont des enfants. Analysons maintenant la façon dont les tribunaux ont interprété ces dispositions.

Depuis l'adoption des modifications de 1983, la façon dont les tribunaux ont statué sur les affaires d'agression sexuelle mettant en cause des enfants ont donné lieu à certains problèmes fondamentaux. La jurisprudence a fait échec à l'objectif que visait le législateur en adoptant le paragraphe 246.1(2), en l'occurrence celui de protéger les enfants de moins de 14 ans de l'exploitation sexuelle. Dans deux des trois décisions publiées sur cet article, les tribunaux ont jugé que cette disposition n'excluait pas la défense d'erreur sincère. Cette opinion ne permettra pas de protéger les enfants contre les assaillants qui se doutent que la victime a moins de 14 ans mais ne se donnent pas la peine de s'en enquérir et se servent de l'âge de la victime pour l'amener à donner son consentement à une relation sexuelle.

Il y a encore plus lieu de s'inquiéter de la décision que vient de rendre la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire La Reine c. LeGallant. La Cour a, dans cet arrêt, déclaré le paragraphe 246.1 inapplicable au motif qu'il violait la disposition de la Charte qui interdit la discrimination fondée sur l'âge. Cette décision est en instance d'appel.

Si la décision LeGallant est confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et qu'elle est suivie dans d'autres affaires, les enfants ne pourront plus se prévaloir de la protection prévue au paragraphe 246.1(2) dans le cas où ils sembleront avoir consenti à des actes sexuels avec un adulte sans comprendre les conséquences de leurs propres actes sur le plan émotionnel.

Dans ce genre de situation, on peut douter que l'alinéa 244(3)d) accorde une protection adéquate, contrairement à ce qu'a affirmé la cour dans l'affaire LeGallant. Cet article déclare que le consentement de la victime est nul lorsque cette dernière se soumet aux actes sexuels en raison de l'exercice de l'autorité de l'agresseur. Il y a toutefois lieu de craindre que cet article ne s'applique que dans le cas où l'adulte en cause est manifestement en position d'autorité par rapport à l'enfant et que le consentement a été obtenu du fait de l'exercice de cette autorité. L'alinéa 244(3)d) n'accorde aucune protection dans le cas où l'enfant est victime d'une exploitation sexuelle de la part d'un adulte en qui il a confiance mais qui n'est pas en position d'autorité. Étant donné son application limitée, force est donc de constater que l'alinéa 244(3)d) ne remplace pas l'article 246.1(2).

La protection des enfants contre les actes sexuels est également limitée par le maintien en vigueur des anciennes règles de corroboration malgré l'adoption de l'article 246.4. Il ressort de la jurisprudence relative à cet article que, en ce qui concerne le témoignage des victimes en bas âge rendu sous serment, les juges doivent tenir compte, et inviter le juge des faits à tenir compte, des faiblesses propres au témoignage des enfants. Cette pratique se maintient en dépit des preuves qui démontrent que la capacité d'observation et la mémoire des enfants ne sont pas nécessairement aussi limitées qu'on l'avait d'abord cru. L'exploitation sexuelle des enfants se produit la plupart du temps en privé. Le maintien en vigueur des règles traditionnelles de corroboration rendra par conséquent particulièrement difficile la condamnation des agresseurs dans les cas où les enfants sont en cause.

Les tendances actuelles des tribunaux en matière de détermination de la peine risquent également de limiter la protection dont bénéficieront les enfants par l'application du principe de la dissuasion. Bien que, pour déterminer la peine, les tribunaux aient invoqué l'âge de la victime et l'abus de confiance comme facteurs aggravants, bon nombre de juges ont infligé des peines minimales dans les affaires où les victimes

étaient des enfants en bas âge. Si cette tendance se maintient, la protection des enfants contre les actes sexuels demeurera limitée.

3. L'élimination de la discrimination sexuelle du Code Criminel

Bon nombre des dispositions contenues dans la loi C-127 visent à étendre les infractions sexuelles aux deux sexes et à éliminer ainsi la discrimination sexuelle de cette partie du Code. Ainsi, le crime de viol, qui, par définition, ne pouvait être commis que par un homme sur une femme a été remplacé par le crime d'agression sexuelle qui peut être commis par une personne de sexe masculin ou féminin sur une victime de sexe masculin ou féminin.

Étant donné le nombre limité d'affaires ne mettant pas en cause une victime de sexe féminin et un agresseur de sexe masculin, il est trop tôt pour savoir si les nouvelles dispositions seront effectivement appliquées de façon non discriminatoire. Parmi les affaires analysées dans la présente étude, seulement deux ne suivent pas le modèle prédominant de l'agresseur de sexe masculin et de la victime de sexe féminin. Dans ces deux affaires, une personne de sexe masculin était accusée d'avoir agressé sexuellement une autre personne de sexe masculin. Dans les deux cas, le prévenu a été acquitté.

Il se peut que le modèle traditionnel se maintienne à cause de la façon discriminatoire dont la loi est appliquée à l'étape qui précède le procès. D'autre part, cette tendance réflète peut-être simplement le fait que la plupart des victimes d'agression sexuelle sont des femmes et que la majorité des agresseurs, des hommes.

La loi C-127 vise également à abolir certaines règles de preuve qui véhiculent des préjugés et ont des conséquences disproportionnées sur les femmes. Ainsi, l'article 246.4 supprime la nécessité de la corroboration à l'égard des trois infractions d'agression sexuelle, de l'attentat à la pudeur et de l'inceste.

La façon dont les tribunaux ont interprété les nouvelles dispositions adoptées en matière de preuve a pour effet de perpétuer les préjugés dont les victimes de crime sexuel ont jusqu'à maintenant fait l'objet. Ainsi, dans la seule affaire qui ait porté sur l'application de l'article 246.4 aux victimes adultes, la cour a acquitté le prévenu parce que la seule preuve qui impliquait l'accusé était le témoignage de la victime. Cette approche rappelle la jurisprudence antérieure au projet de loi C-127 qui sous-entendait que les preuves apportées en corroboration devaient sans équivoque impliquer l'accusé indépendamment du témoignage de la victime. La réapparition de ce type de raisonnement laisse entrevoir que les tribunaux continuent à juger peu dignes de foi les témoignages des victimes de sexe féminin, et ce, en dépit des modifications de 1983.

L'interprétation que les tribunaux ont donnée à l'article 246.5 qui abolit les règles relatives à la plainte spontanée soulève des problèmes semblables. Les tribunaux qui ont interprété cet article ont donné à entendre qu'il n'empêchait pas la défense d'attaquer la crédibilité de la victime en alléguant la fabrication récente de preuve au motif que la victime avait négligé de se plaindre au moment où il aurait été "normal" qu'elle le fasse. Ces décisions replacent en fait les plaignantes en matière d'agression sexuelle dans la même position qu'avant l'adoption des modifications. Ainsi donc, la jurisprudence récente ressuscite l'ancienne présomption non fondée suivant laquelle la femme de moeurs irréprochables aurait porté plainte à la première occasion qui s'offrait.

Il est difficile de prévoir si ces nouvelles décisions seront suivies, étant donné le nombre limité de décisions de tribunaux supérieurs portant sur l'interprétation de l'article 246.5. Si elles le sont, les modifications de 1983 n'auront pas permis d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur en matière d'élimination de la discrimination.

4. La mise en relief du caractère violent des agressions sexuelles

La loi C-127 a aboli les crimes de viol et d'attentat à la pudeur. Ces infractions faisaient partie de la partie IV du Code criminel intitulée "Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes moeurs, inconduite". Elles ont été remplacées par les trois paliers d'agression sexuelle énoncés aux articles 246.1, 246.2 et 246.3. Les nouvelles infractions relèvent maintenant de la partie VI du Code intitulée "Infractions contre la personne et la réputation". L'inclusion des nouvelles infractions d'agression sexuelle à la partie VI est symbolique : elle démontre la volonté du législateur de traiter les infractions sexuelles comme des crimes de violence et non comme des infractions contraires au bonnes moeurs.

En règle générale, dans leur inteprétation des nouvelles dispositions, les tribunaux éprouvent de la difficulté à mettre l'accent sur l'aspect violent des infractions sexuelles plutôt que sur leur aspect moral. Jusqu'à maintenant, dans deux affaires importantes, les tribunaux ont interprété les dispositions de fond de façon à faire ressortir les aspects sexuels et moraux des crimes d'agression sexuelle. Dans R. c. Chase, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a identifié comme facteur clé la présence ou l'absence de contact avec les organes génitaux. Dans La Reine c. Alderton, la Cour d'appel de l'Ontario a mis la question de la présence ou de l'absence de désir de gratification sexuelle de la part de l'accusé au premier plan. Étant donné que l'arrêt Chase a été porté en appel devant la Cour suprême du Canada, une définition péremptoire sera bientôt formulée. Toutefois, si l'arrêt Chase n'est pas infirmé, la question des bonnes moeurs de la victime risque de redevenir la préoccupation majeure des tribunaux appelés à se prononcer sur des cas d'agression sexuelle.

Ce danger ressort également à l'évidence de l'interprétation que les tribunaux ont donné aux dispositions de preuve contenues au projet de loi C-127. Les articles 246.4 et 246.5 visent tous deux à abolir les règles spéciales de preuve applicables uniquement aux victimes d'agression sexuelle et non aux victimes des autres infractions de violence contre la personne. Dans la seule affaire qui ait porté sur l'interprétation de l'article 246.4 dans le cas des victimes adultes, la décision R. c. Vokey (N° 2), la cour a acquitté l'accusé au motif qu'aucun témoignage impartial ne confirmait le témoignage de la plaignante. Or, l'article 246.4 a pour objet d'abolir la nécessité de la corroboration à l'égard de certaines infractions sexuelles.

Bien que la cour n'ait pas expressément affirmé, dans l'affaire Vokey, qu'il était imprudent de condamner un prévenu sans corroboration, elle s'est montrée en réalité réticente à condamner en l'absence de témoignage émanant d'une personne autre que la victime. L'adoption de ce raisonnement par d'autres tribunaux ne concorde pas avec l'intention du législateur de traiter les victimes d'agression sexuelle comme des victimes d'une agression contre la personne. En réalité, cette décision perpétue l'idée suivant laquelle des considération spéciales doivent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier le témoignage de la victime d'une agression sexuelle.

Les conceptions traditionnelles en cette matière ressortent également de l'interprétation que les tribunaux ont donnée à l'article 246.5. Cet article abolit les règles relatives à la plainte spontanée. Avant l'adoption du projet de loi C-127, ces règles s'appliquaient aux poursuites en matière d'infraction sexuelle. Dans la jurisprudence qui porte sur l'article 246.5, les tribunaux n'ont pas empêché les procureurs de la défense d'attaquer la crédibilité de la victime en alléguant une fabrication récente de preuve sur le fondement du silence de la victime au moment où il aurait été "normal" qu'elle porte plainte.

Au plan théorique, cette décision s'accorde avec les principes généraux de la preuve. Toutefois, sur le plan pratique, elle a pour effet de pénaliser les victimes d'agression sexuelle qui n'ont pas porté plainte promptement. Cette conséquence découle de la présomption traditionnelle suivant laquelle les victimes de viol n'ont pas porté plainte à la première occasion raisonnable sont peu dignes de foi.

Les affaires portant sur la détermination de la peine reflètent encore plus la volonté de mettre l'accent sur l'aspect violent de l'agression sexuelle. Les tribunaux qui ont infligé des peines en vertu des articles 246.1 et 246.2 ont très justement qualifié de facteur aggravant le degré élevé de violence qui accompagnait l'agression. En ce qui concerne l'article 246.3, le nombre d'affaires publiées est trop limité pour indiquer une tendance en matière de détermination de peines.

La tendance des tribunaux à considérer la pénétration comme un facteur aggravant soulève cependant un problème. En examinant cet élément isolément, les tribunaux risquent de mettre en relief l'aspect sexuel de l'infraction plutôt que son aspect violent.

Les tribunaux ont également affirmé que l'agression sexuelle est un crime d'intention générale pour lequel la défense d'intoxication n'est pas recevable. En exigeant la preuve d'un élément mental semblable à celui qui est imposé pour les autres infractions d'agression, les tribunaux ont donné une interprétation qui s'accorde avec l'objectif suivant lequel il convient de mettre l'accent sur l'aspect violent de ce genre de crime.

5. La protection des plaignants contre le harcèlement devant le tribunal.

Bon nombre des règles traditionnelles de preuve et de fond relatives aux infractions sexuelles avaient pour effet de traumatiser la victime au procès, ce qui contribuait au taux peu élevé de plaintes. Les principaux problèmes provenaient de la nécessité de prouver la pénétration dans les affaires de viol et de la pratique de contre-interroger la plaignante sur ses antécédents sexuels ou sur sa réputation en matière de morale sexuelle.

Il n'est plus nécessaire de faire la preuve de la pénétration pour obtenir une condamnation en matière d'agression sexuelle. Quoiqu'il en soit, les définitions avancées par les tribunaux riquent de continuer à soumettre les plaignants au harcèlement devant le tribunal.

Dans l'arrêt R. c. Chase, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué que pour être sexuelle, une agression devait comporter un contact avec les organes génitaux. A cause de cette décision, les plaignantes seront forcés de mettre en lumière des détails physiques intimes dans leur témoignage. Cette exigence risque, tout comme la nécessité de prouver la pénétration, de contribuer au maintien du harcèlement des victimes au cours du contre-interrogatoire.

Les affaires dans lesquelles les tribunaux ont, pour déterminer la peine applicable, tenu compte de la pénétration comme facteur aggravant, risquent d'avoir un effet semblale.

Les articles 246.6 et 246.7 excluent maintenant la preuve relative au comportement et à la réputation sexuels de la victime, sous réserve de quelques exceptions limitées. Dans les deux affaires rendues en cour suprême, en l'occurrence les arrêts La Reine c. LeGallant et R. c. Oquantaq, les tribunaux ont déclaré ces nouveaux articles inapplicables au motif qu'ils portaient atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière.

On ne peut déterminer pour le moment les incidences que ces décisions auront sur le témoignage des plaignants devant le tribunal. L'arrêt LeGallant fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Par ailleurs, ces deux décisions semblent entrer en conflit avec des décisions antérieures qui ont confirmé la validité des articles 246.6 et 246.7.

En appliquant les décisions LeGallant et Oquantaq, les tribunaux risquent de remettre en vigueur les règles de **common law** relatives à la preuve des antécédents sexuels et de la réputation de la victime. Ces règles permettent le contre-interrogatoire de la victime sur ses antécédents et sa réputation sexuels. Ces pratiques ont par le passé fait l'objet de vives critiques au motif qu'elles faisaient porter le procès sur les bonnes moeurs sexuelles de la victime plutôt que sur le comportement violent de l'accusé. Un retour à ces règles risque d'annuler les progrès contenus en puissance dans le projet de loi C-127, et notamment, le soulagement du traumatisme que doit subir la victime devant le tribunal.

Les décisions qui ont porté sur l'article 246.5 soulèvent d'autres problèmes. Cet article abolit les règles relatives à la plainte spontanée. Or, dans les décisions qui ont porté sur son interprétation, les tribunaux en sont venus à la conclusion que ces articles interdisaient à l'avocat de la défense d'attaquer la crédibilité de la victime de l'agression sexuelle dans les cas où elle n'avait pas porté plainte alors qu'il aurait été "normal" qu'elle le fasse. Suivant ces affaires, l'avocat peut attaquer la crédibilité de la victime en alléguant la fabrication récente de preuve sur la base du silence de la victime.

Étant donné qu'il existe peu de décisions de tribunaux supérieurs sur l'interprétation de l'article 246.5, on ne sait pas encore si cette interprétation l'emportera. Dans l'affirmative, les victimes d'agression sexuelle risquent de faire l'objet de contre-interrogatoires traumatisants au sujet de leur omission de porter plainte sans délai, et ce, même si le retard à porter plainte s'explique par des sentiments de honte ou d'une inquiétude légitime au sujet du processus d'enquête et du procès.